جامعة الأزهر

كلية الشريعة والقانون



المؤلفون

د. أبو الحمد أحمد موسى — د. أحمد الحصري

د. حسن الشاذلي — د. محمد مصطفى شحاتة الحسيني

الأساتذة فى كلية الشريعة والقانون

الطبعة الأولى

١٩٦٩ — ١٩٧٠

مطبعة دار التأليف بالمالية بمصر
تليفون ٢١٨٢٥

إهـــــــداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار

القاهرة

جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون



المؤلفون

د. أبو الحمد أحمد موسى
د. أحمد الحصري
د. حسن الشاذلي
د. محمد مصطفى شحاتة الحسيني

الأساتذة فى كلية الشريعة والقانون

الطبعة الأولى

١٩٦٩ - ١٩٧٠



بسم الله الرحمن الرحيم

المنهج الدراسى فى الفقه الإسلامى

لطلاب السنة الرابعة . فى الكليات المستحدثة بجامعة الأزهر

الأسرة فى الإسلام . الزواج وحكمة . أركانه وشروطه . المحرمات من النساء . الولاية فى النكاح . حقوق الزوجية . المهر وأحكامه . تعدد الزوجات . التحكيم عند شقاق الزوجين . إنهاء عقد الزواج . الطلاق وحكمة تشريعه . عدد الطلقات . ممن يقع الطلاق . أقسام الطلاق . التفريق للعيب والإعسار والغيبة والضرر . الخلع . العدة وأحكامها . النفقة وجوبها . لمن تجب . الرضاع والحضانة . الوصية . تعريفها . ودليلها وبيان الواجب منها .

خلاصة موجزة عن المواريث وفقاً للقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير المرسلين سيدنا محمد النبي الأمى وعلى آله وصحبه أجمعين .

وبعد . فلما كان الأزهر هو الجامعة الإسلامية الكبرى التى تقوم على حفظ التراث الإسلامى ودراسته ونشره وتحمل أمانة الرسالة الإسلامية إلى كل الشعوب . وتعمل على إظهار حقيقة الإسلام وآثاره فى تقدم البشر وراحة النفس لكل الناس فى الدنيا والآخرة . وكانت الثقافة الاستعمارية تحاول طوال السنين التى يسيطر فيها الاستعمار على العالم الإسلامى أن تلون أفكار أهله وعقائدهم بما يباعد بينهم وبين الإسلام . رأى أهل الغيرة ورجال التجديد فى مصر أنه أصبح من الضرورى تجديد الأزهر وتطويره بما يشارك فى النهضة الحديثة مع الاحتفاظ له بطابعه وخصائصه التى كان يسيطر بها على تاريخنا والعلاقات الوثيقة بيننا وبين إخواننا فى الشرق والغرب أكثر من ألف عام . فوضع مشروع القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التى يشملها وتضمن إنشاء جامعة الأزهر التى قامت على نظام كليات علمية وعملية ومهنية . ولم يكن القصد حينذاك تكرار هذه الكليات فى الجامعات الأخرى ولكن الغرض الحقيقى هو أن يكون فى جامعة الأزهر بجانب الدراسات الفنية والمهنية صفة تلائم الصفة الخاصة بجامعة الأزهر وهى دراسات إسلامية ودينية تتحقق بها للطالب ثقافة دينية عميقة وواعية إلى جانب الثقافة المهنية التى يحصل عليها نظراؤه فى الكليات المماثلة فى الجامعات الأخرى .

وقد مضت مدة من الزمن تبين معها أن هذا الغرض لم يتحقق بل تضاءل إلى حكم العدم فرأى ولاة الأمور ضرورة معاودة النظر فى منهج الدراسات الإسلامية فى الكليات المستحدثة فى جامعة الأزهر بما يحقق الغرض الذى أنشئت من أجله . وتألفت لجنة لذلك انتهت فى دراستها إلى وضع نظام موحد للدراسات الإسلامية فى جميع الكليات . وقد وافق مجلس جامعة الأزهر فى جلسته المنعقدة فى ٣٠ من أكتوبر سنة ١٩٦٩ على أن ينفذ من بدء هذا العام الدراسى .

وقد عنيت إدارة الجامعة باختيار الاساتذة الذين يقومون بتدريس هذه المواد دراسة تصل ماضيها بحاضرها . ووقع اختيارها علينا لدراسة منهج الفقه الإسلامى لطلاب السنة الرابعة فى كليات الطب والهندسة والزراعة والتجارة وكلية البنات الإسلامة فوضعنا لهم ما يتناسب مع ظروف دراستهم العملية راجين أن يوفقهم الله إلى ما يرفع مستوى جامعة الأزهر وأداء رسالته فى شتى أنحاء البلاد .

إنه سميع مجيب . وهو حسبنا ونعم الوكيل

المؤلفون

د . أبو الحمد أحمد موسى   د . أحمد الحصرى

د . حسن الشاذلى   د . محمد مصطفى شحاته الحسينى

بسم الله الرحمن الرحيم

الأسرة فى الإسلام

يقصد بكلمة الأسرة النواة الأولى للمجتمع التى تتكون من الزوجين والأبناء وما يتفرع عن هذه النواة — واهتمام الإسلام بالأسرة وتنظيم أمورها من أكثر الأمور التشريعية وضوحاً وتأكيداً . فقد حرص الإسلام على تكوين الحياة الزوجية السليمة والدائمة .

ونظم ذلك بعقد الزواج ومقدماته وأبان فيه حقوق كل من الزوجين قبل الآخر وحقوق ما ينتج عن هذا الزواج من أبناء . وأمر بالمحافظة على الشرف والكرامة ، فنى المحافظة عليه محافظة على نظام الأسرة والأنساب من لهو الشباب ، وزلة الشيوخ حتى لا ينبت نشء مبعثر لذا كان عقاب الزانى الجلد والرجم ، وبيّن النبى صلى الله عليه وسلم أن الإسلام يأمر الإنسان بأن يعطى الجسد حقه ، والروح حقها ، فقد صح أن بعض الصحابة جاءوا إلى زوجات النبى صلى الله عليه وسلم يسألون عن عبادته فيما بينه وبين الله فلما أخبروا كأنهم تقالوها . فقالوا : أين نحن من رسول الله صلى الله عليه وسلم . قد غفر الله ما تقدم من ذنبه وما تأخر فقال أحدهم : أما أنا فإنى أصلى الليل أبدا وقال آخر : وأنا أصوم الدهر لا أفطر . وقال آخر : وأنا أعتزل النساء فلا أتزوج فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم إليهم فقال (أنتم قلتم كذا وكذا ، أما والله إنى لأخشاكم لله . وأتقاكم له ولكنى أنا أصلى وأنام . وأصوم وأفطر . وأتزوج النساء . فمن رغب عن سنتى فليس منى) حديث متفق عليه .

ونظم الإسلام طريق الإنفاق على الزوجة (١) والأولاد والأقارب ومن ألحق بهم قال تعالى : وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ، كما نظم طريق الإشراف على اليتامى وتنفيذ الوصايا وأبان حقوق الأفراد فى مال مورثهم بطريق عادل قاطع للأحقاد والضغائن ، وقصد الشارع فى هذا كله هو توثيق عرى المحبة والصلة بين الأسرة كى تتكون من الأسرة وغيرها من الأسر جماعة مؤتلفة متحده تعمل لخير الجميع وتتعاون على حماية دينه فتوجد الحياة التى لا تشوبها فوضى أو انحلال وقد وضح هذا القصد فى كثير من الأحاديث النبوية التى طلب فيها الرسول من أمته الإقبال على الزواج فقد حث صلوات الله وسلامه عليه على الزواج بالمتدينة فقال : « فاظفر بذات الدين تربت يداك » وأبان القرآن الكريم أن الحياة الزوجية الهانئة هى التى توفر للزوجين الطمأنينة وتزيد بينهما المودة قال تعالى : « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة » .

وحرصاً من الإسلام على حماية الأسرة من الانهيار أباح تعدد الزوجات حتى لا تنتشر الرذيلة إذا تعلق رجل وامرأة ببعضهما ولم يجدا طريقاً مشروعاً يوصلهما إلى بغيتهما . وقد تكون الزوجة عقيما ويود الزوج إنجاب الذرية من غيرها مع الإبقاء عليها لحبه لها وشفقته عليها لعدم وجود من يعولها ، أو بلوغها سنا يجعلها غير صالحة للزواج إذا فارقها فأبقى الإسلام للزوجين حرية الإبقاء على صلة الزواج بينهما مع حرية الزوج فى تزويجه بالأخرى الحلال التى يريدها .

(١) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اتقوا الله فى النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » .

وكذلك شرع الله الطلاق حينما تكون الحياة الزوجية بين الزوجين غير ممكنة وذلك بأن بلغت الحالة بينهما درجة بالغة الخطورة فى الخصومة ويخشى أن يرتكب أحدهما جناية تمس شخصه أو زوجه إذا يئس من فصم عروة النكاح التى أصبحت الحياة معه كريهة غير محبوبة بسبب بغض نشأ بينهما أو بسبب سوء خلق أحد الزوجين أو بسبب شك تسرب إلى نفس أحدهما فكان العلاج لهذه الحالات هو إباحة الطلاق كما أبان الإسلام حقوق الآباء على الأبناء من وجوب طاعة الأبناء لآبائهم واحترامهم لهم ووجوب الإنفاق عليهم فى حالة فقرهم وضعفهم.

وهكذا نرى حرص الإسلام على الأسرة وتعهده لها بالتنظيم والتكوين ليخلق من ذلك المجتمع الفاضل وسنفصل فيما يلى بعض ما أجملناه فى هذه المقدمة .

عقد الزواج

معنى الزواج

المعنى اللغـوى :

الزواج فى اللغة العربية هو اقتران أحد الشيئين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر . يقـال : زوج الشىء بالشىء قرنه به ومن ذلك قوله تعالى : « وزوجناهم بحور عين » أى قرناهم بهن (١) . وقوله تعالى : « وإذا النفوس زوجت (٢) » أى قرنت بأبدانها أو بأعمالها ، وقوله تعـالى : « أحشروا الذين ظلموا وأزواجهم (٣) » أى احشروا الظالمين مع قرنائهم الذين كانوا يزينون ويحسنون لهم ظلمهم .

ثم ذاع استعمال كلمـة « الزواج » فى اقتران الرجل بالمرأة على سبيل الدوام والاستمرار لتكوين الأسرة وأصبح إذا أطلق « الزواج » لا يقصد منه إلا هذا المعنى .

المعنى الشرعى :

معنى الزواج شرعاً : هو عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع .

وكما يطلق على هذا العقد لفظ « الزواج » يطلق عليه لفظ « النـكاح » قال صاحب الإختيار (٤) : النـكاح عبارة عن ضم وجمع مخصوص وهو الوطء ، لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضم كل واحد منهما إلى صاحبه حتى يصيرا كالشخص الواحد .

---

(١) الآية رقم ٤ من سورة الدخان (٢) الآية رقم ٧ من سورة التـكوير

(٣) الآية رقم ٢٢ من سورة الصافات

(٤) من كبار فقهاء الأحناف .

حكمه :

يطلق الحكم ويراد منه الأثر المترتب على فعل المكلف فني عقد النكاح مثلا الأثر المترتب عليه هو حل استمتاع الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل على الوجه المأذون فيه شرعاً اخذا من قوله تعالى : « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم (١) » وقوله تعالى : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن (٢) » ومن الآثار المترتبة عليه كذلك وجوب المهر على الزوج وحرمة المصاهرة وعدم الجمع بين الأختين مما سنفصله فيما بعد إن شاء الله تعالى .

وقد يطلق الحكم ويراد منه الوصف الثابت لفعل المكلف ككون الفعل فرضاً أو واجبا ، أو سنة ، أو مباحا أو حراما أو مكروها . وهذا ما نبينه فيما يلي فنقول :

صفة النكاح المشروع

يختلف الناس فيما يتعلق بالزواج تبعاً لاختلاف ظروفهم فمنهم القادر على مؤنة النكاح وعنده القدرة الجنسية والتوقان الشديد للنساء ، ومنهم الفقير المعدم فى المال ولكنه مريض بحب النكاح ، ومنهم المعتدل أى عنده الشهوة للنساء والقدرة المالية على مؤنة النكاح لكنه يستطيع أن يكبح جماح شهوته فلا يخشى على نفسه إن لم يتزوج من الوقوع فى الزنا .

وقد قسم الفقهاء حالات الناس إلى ثلاث حالات بالنسبة لهذه الظروف هى :

١ — من يخاف على نفسه العنت أى الوقوع فى المحظور أن لم يتزوج وعنده القدرة على مؤن النكاح .

---

(١) الآية رقم ٢٢٣ من سورة البقرة (٢) الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة

٢ — معتدل الشهوة ويأمن على نفسه الوقوع فى المحظور أن لم يتزوج وعنده القدرة على اعباء الزواج من مهر ونفقة وخلافه .

٣ — من لا شهوة له ؛ إما لأنه خلق عنيناأو كانت له شهوة فذهبت بكبر، أو مرض ونحوه أو له شهوة لكنه غير قادر على أن يعول من يتزوجها فهو يخاف أن يجور على الزوجة وأن لايعدل بالنسبة لها .

الوصف الشرعى للنكاح فى الحالات السابقة

الحالة الأولى :

فى حالة الشهوة المفرطة وخوف الوقوع فى الزنا أن لم يتزوج وتيقن من حصول ذلك مع القدرة على أعباء النكاح من مهر ونفقة وقيام بحقوق الزوجية دون ظلم للزوجة .

فى هذه الحالة الزواج يكون فرضاً ويتحتم على الشخص فعله « انكحوا ما طاب لكم من النساء ومثنى وثلاث ورباع (١) » « ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا (٢) » .

الحالة الثانية :

اعتدال الشهوة بحيث لايخشى الوقوع فى الزنا لو لم يتزوج وعنده القدره على اعباء الزواج وفى هذه الحالة قبل الزواج يكون مستحباً ومندوبا إليه وفى المذهب الحنفى رأى يقول بأن النكاح فى هذه الحالة واجب عينى عملا لا اعتقاداً على سبيل التعيين كصلاة الوتر — والراجح ماذهب إليه الفقهاء القائلون بأن الزواج فى هذه الحالة سنة مؤكدة أى مطلوب فعله على سبيل الترجيح لا الإلزام .

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣ (٢) سورة النور آية رقم ٣٢

الحالة الثـالثة :

ويكون الزواج حراما إذا تيقن الشخص أنه سيظلم زوجته ولا يقوم بالحقوق والواجبات الزوجية لو تزوج لأن زواجه فى هذه الحالة فيه إضرار بالزوجة والإضرار بالغير حرام شرعا فما يؤدى إليه وهو الزواج يكون حراماً لحرمة الزواج فى هذه الحالة لا لعين الزواج بل لغيره حيث يؤدى فى هـــذه الحالة إلى الإضرار بالمرأة .

الحالة الرابعة :

ويكره الزواج أى يطلب تركه على سبيل الترجيح لا الإلزام إذا خشى الزوج أن يظلم زوجته بأن كان يكرهها قبل أن يتزوجها ، أو كانت حالته لاتسمح له بحياة زوجية لا ظلم فيها للزوجة .

الآثار المترتبة على عقد الزواج

وحكم عقد الزواج بمعنى الأثر المترتب عليه هو حل استمتاع الرجل بالمرأة . والمرأة بالرجل على الوجه المأذون فيه شرعا أخذا من قوله تعـالى : « نساؤكم حرث لـكم فأتوا حرثـكم أنى شئتم » (١) وقوله تعالى : « هن لباس لـكم وأنتم لباس لهن (٢) » ووجوب المهر على الزوج وحرمة المصاهرة وعدم جواز الجمع بين الأختين وغير ذلك من الأحكام التى سنفصلها فيما بعد إن شاء الله تعالى .

حكمة مشروعية الزواج :

المقصود من قولنـا « حكمة المشروعية » هو بيان مايقصده الشارع

---

(١) الآية رقم ٢٢٢ من سورة البقرة (٢) الآية رقم ١٨٧ من سورة البقرة

من تشريع الحكم من مصالح يريد تحقيقها أو تكميلها أو مفاسد يريد دفعها عن الناس أو تقليلها ولبيان حكمة تشريع الزواج نقول :

شرع الله الزواج منذ الخليقة وجعله أساسا فى اتصال الرجل بالمرأة اتصالا جنسياً : « ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية » حتى يكون بقاء النوع الإنسانى على أكمل وجه وأتم نظام ، وبالزواج حفظ الله الأنساب وصان الأعراض وفيه قصرت الزوجة على زوجها فليس لغيره حق الاستمتاع بها ، وبذلك أصبح الأولاد لهم أب معروف ينتسبون إليه يتعهدهم برعايته الخاصة ويشملهم بعطفه ويقوم بشئونهم وبالمحافظة عليهم إلى أن يستغنوا عن مساعدته ورعايته .

ولو ترك الله الناس لطبائعهم وشهواتهم وأباح للجنسين ـ الرجل والمرأة ـ أن يجتمعا لإشباع ميولهما الجنسية دون أن يتقيد بالزواج الذى ينظم هذه العلاقة وينظم الآثار المترتبة عليها لسادت الفوضى بين الناس، وأصبح المجتمع فى فوضى إجتماعية لا حدود لها . فكان عقد الزواج صونا للأعراض وإبعاداً للناس عن انتهاك الحرمات ، واقتحام المهلكات والموبقات ، ودفعا لكثير من المفاسد الاجتماعية التى تترتب على إباحة الاختلاط بين الرجال والنساء بطريق الاشتراك والشيوع .

« ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون (١) » « والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا وجعل لكم من أزواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات أفبالباطل يؤمنون ، وبنعمة الله هم يكفرون (٢) » .

---

(١) الآية رقم ٢١ من سورة الروم .

(٢) الآية رقم ٧٢ من سورة النحل .

والشارع وضع نظاماً للزواج حدد فيه العلاقات بين الزوجين وحقوق كل منهما قبل الآخر ومسئوليات الزوج والزوجة حتى تكون الحياة بينهما سعادة وهناءة فيستقيم بناء الأسرة وتستقر دعائمها فى ظل رباط زوجى وثيق . فإذا ما تعثرت الحياة الزوجية وأصبحت الشركة بين الزوجين فاشلة رسم الشارع لها طريق الفراق « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » . فالزواج نظام إلهى شرعه الله لخير الإنسانية ، ولمصلحة المجتمع البشرى .

الأركان والشروط

الركن : ركن الشىء لغة جانبه القوى .

المعنى الاصطلاحى : ركن الشىء هو ما يتوقف عليه وجود الشىء ، ولا تتحقق ماهيته إلا به لكونه جزءاً منه ؛ كالركوع ، والسجود بالنسبة للصلاة .

الشرط :

الشرط لغة العلامة ومنه أشراط الساعة أى علاماتها .

المعنى الاصطلاحى : والشرط فى اصطلاح الفقهاء هو ما يتوقف عليه وجود الشىء وكان خارجاً عن حقيقته ؛ كالوضوء بالنسبة للصلاة .

ركن الزواج :

الركن المتفق عليه شرعاً بين الفقهاء فى عقد الزواج هو الإيجاب والقبول فمن مجموعهما يتكون العقد .

الإيجاب :

الإيجاب هو ما صدر أولا من أحد العاقدين للدلالة على إنشاء العقد

ورضاه به، سواء أكان ما صدر منه كلاماً أم غيره كالكتابة وإشارة الأخرس ومن صدر منه الإيجاب يسمى موجباً .

القبول :

والقبول : هو ما صدر ثانياً من العاقد الآخر للدلالة على موافقته ورضاه بما أوجبه الأول ، ومن صدر منه القبول يسمى قابلا .

ما يتحقق به الإيجاب والقبول فى الزواج

عقد الزواج من أهم العقود فى نظر الشريعة الإسلامية وللاحتياط فيه لخطورة الآثار المترتبة عليه رأى الشارع أن يكون انعقاد هذا العقد قاصراً على ألفاظ تفيد القصد إلى إيجاده دون لبس أو غموض ، ولهذا تكلم الفقهاء فى بيان ما يتحقق به الإيجاب والقبول ما يأتى :

أولا : من حيث الصيغة :

ينعقد الزواج بالإيجاب والقبول إذا صدر بصيغة الماضى ، أو كان أحدهما بصيغة الأمر والآخر بصيغة الماضى — أو كان أحدهما بصيغة المضارع والآخر بصيغة الماضى — أو كان أحدهما إسماً والآخر فعلا ماضياً .

فثال الحالة الأولى : أن تقول المرأة لخاطبها : زوجتك نفسى ، ويقول لها قبلت أو رضيت . وعلل الفقهاء هذه الحالة بقولهم : إن العقد عبارة عن إنشاء تصرف لم يكن موجوداً . وهذا المعنى لم يوضع له فى اللغة لفظ خاص يدل عليه ، فاستعملت فى إنشاء العقد صيغة الماضى الموضوعة لغة للإخبار عن حدث قبل التكلم بها إذ هى أبلغ فى الدلالة على إنشاء العقد دون احتمال للوعد بإنشائه أو المساومة فيه ، وقد جرى عرف الناس على ذلك الاستعمال وأقر الشارع ذلك .

ومثال الحالة الثانية : أن يقول الرجل للمرأة زوجينى نفسك ، أو كونى زوجة لى فتقول له قبلت زواجك .

ومثال الحالة الثالثة : أن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، أو تزوجينى نفسك ، فتقول له : قبلت .

وهذا حينما تقوم القرائن دالة على أن المقصود من صيغة المضارع التى وضعت فى الأصل للدلالة على حصول الفعل فى الحال أو الاستقبال هو إنشاء العقد وتحقيقه .

ومثال الحالة الرابعة : كأن يقول الرجل للمرأة : أنا متزوجك . وتقول له قبلت زواجك منى حيث دلت الصيغة على الرضا والإرادة فى إنشاء العقد ولزوم حكمه .

ثانياً : الألفاظ التى ينعقد بها العقد :

يتحقق القبول بكل لفظ يدل على موافقة الطرف الثانى ورضاه بما أوجبه الأول لإتمام العقد كأن يقول قبلت الزواج أو رضيت ، أو أجزت أو وافقت وهكذا .

الإيجاب :

أما الإيجاب فقد اتفق الفقهاء على أن الزواج ينعقد بلفظى الزواج ، والنكاح وبما اشتق منهما ؛ لأن هذين اللفظين يدلان على المعنى المقصود بعقد الزواج حقيقة بطريق الوضع اللغوى واستعملها الشارع أيضاً فى هذا المعنى وقال الأحناف أنه كما جاز العقد بلفظى الزواج ، والنكاح وبما اشتق منهما يجوز أيضاً بكل ما يدل على تملك العين فينعقد العقد إذا صدر الإيجاب بلفظ الهبة ، أو الصدقة ، أو التمليك ، أو الجعل وذلك متى دلت القرائن على أن

المقصود بهذه الألفاظ هو إنشاء عقد الزواج ؛ لأن ملك العين سبب فى تملك الانتفاع بها والسببية طريق من طرق المجاز فيجوز التجوز بهذه الألفاظ عن الزواج لوجود العلاقة بين المعنى الحقيق والمعنى المجازى وهو علاقة السببية ، فإذا قالت المرأة للرجل وهبتك نفسى قاصدة إنشاء عقد الزواج بينها وبينه ، وقال الرجل لها قبلت أو قالت له : ملكتك نفسى وقال لها رضيت أو قبلت انعقد العقد بينهما متى استوفى بقية الشروط الشرعية الأخرى .

دليل الأحناف :

قال الأحناف : إن القرآن والسنة قد دلا على انعقاد العقد إذا صدر الإيجاب بلفظ الهبة ، أو التمليك ويقاس عليها كل ما يدل على تملك العين قصداً وبدون عوض فى تحقق الإيجاب وفى انعقاد الزواج به .

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبى إن أراد النبى أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين »(١) عطفاً على قوله سبحانه وتعالى : « يا أيها النبى إنا أحللنا لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك » .

وجه الاستدلال :

الآية فيها إخبار من الله سبحانه وتعالى بأن المرأة المؤمنة التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم حلال له أن يتزوجها ويقبل زواجها منه بعد أن أوجبت بلفظ الهبة وما كان مشروعاً فى حق النبى صلى الله عليه وسلم

---

(١) الآية رقم ٥٠ من سورة الأحزاب .

يكون مشروعاً فى حق أمته لأن هـذا هو الأصل حتى يقوم دليل على أن التشريع خاص به صلوات الله وسلامه عليه . وقال الأحناف : إن قيل إن هذا تشريع خاص برسول الله صلى الله عليه وسلم وقد قام دليل الخصوص ههنا وهو قوله تعالى : « خالصة لك من دون المؤمنين » فيجاب عن هذا بأن الخلوص المذكور هو تخصيص جواز نـكاحه صلى الله عليه وسلم بغير مهر ، فالخلوص يرجع إلى الأجر لا إلى لفظ الهبة ويقوى ذلك ويرجحه ما يأتى :

١ — أردف الله سبحانه وتعالى بعد أن قال « خالصة لك من دون المؤمنين » قوله « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم وما ملـكت أيمانهم لئلا يكون عليك حرج » فدل ذلك على أن خلوص ذلك للرسول صلى الله عليه وسلم كان فى النـكاح بلا فرض مهر .

٢ — قوله تعالى : « لئلا يكون عليك حرج » والرسول صلى عليه وسلم لا يلحقه حرج باستبدال لفظ بلفظ فهو أفصح العرب ، وإنما الحرج فى إعطاء البدل ، وهو مهر الزوجة الواجب بسبب عقد الزواج .

السنة :

وأما السنة فقد ورد لفظ التمليك فى الزواج . فلقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل من الصحابة لم يجد ما يتزوج به « ملـكتها بما معك من القرآن » .

وجه الاستدلال :

الحديث المذكور صريح فى أن عقد الزواج ينعقد بلفظ الملك . أى أن الشارع استعمل لفظ الهبة ، والملك فى الزواج فيـكون حـكم غيرهما من الألفاظ التى تفيد ملك العين بدون عوض كالصدقة والجعل مثل حكمهما فى

تحقق الإيجاب وانعقاد الزواج بهما إذا ورد القبول موافقاً للإيجاب واستوفى العقد باقى شروطه الشرعية .

الزواج بلفظ البيع والشراء :

أما انعقاد العقد بلفظ البيع والشراء فالصحيح عند الحنفية والمالكية انعقاده بهما بشرط أن تكون القرينة قائمة على أن المراد بهما إرادة الزواج وإنشاؤه ؛ لأنهما من الألفاظ الموضوعة لتملك الأعيان ، والملك سبب لملك المنفعة بواسطة ملك الرقبة كما فى ملك اليمين والسببية من طرق المجاز ، وقد قامت القرينة على إرادة المجاز وهو الزواج وهى عدم قابلية المحل للمعنى الحقيقى وهو البيع والشراء إذ لا يكون الحر محلا لها لكونه غير مال .

العقد بلفظ الإجارة :

اختلف فقهاء الأحناف فى انعقاد النكاح بقول المرأة للرجل : « أجرت لك نفسى » أو قول الرجل للمرأة : « استأجرتك » . فرأى فى المذهب يقول بانعقاد العقد (١) واستدل له بقوله تعالى : « وآتوهن أجورهن » فالله سبحانه وتعالى سمى المهر أجرا . ولا أجر إلا بالإجارة فلو لم تكن الإجارة نكاحا لم يكن المهر أجرا . لكن عامة شيوخ المذهب الحنفى يرون أن النكاح لا ينعقد بلفظ الإجارة (٢) وقالوا : إن التأبيد يبطل الإجارة ، والنكاح عقد مؤبد بدليل أن التوقيت يبطله وانعقاد العقد بلفظ يتضمن المنع من الانعقاد ممتنع . كما قالوا : إن لفظ الإجارة يفيد تمليك المنفعة لا تمليك العين ومنافع البضع فى حكم الأجزاء والأعيان ولا يمكن تمليك العين بتمليك المنفعة . ويرى المالكية أيضاً عدم انعقاد الزواج بلفظ الإجارة .

---

(١) ينسب هذا القول للكرخى وهو من فقهاء الأحناف .

(٢) نقل ابن رستم هذا الرأى عن محمد وهو اختيار أبى بكر الرازى .

العقـد بلفظ الوصية :

يرى عامة شيوخ المذهب الحنفى أن عقد الزواج لا ينعقد بلفظ الوصية؛ لأن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والنكاح المضاف إلى زمن مستقبل لا يصح وقال المالكية بعدم انعقاد العقد بلفظ الوصية مطلقا .

أبحت لك نفسى :

إذا صدر الإيجاب بلفظ « أحللت لك نفسى » أو « أبحت لك نفسى » لا ينعقد العقد لأنهما لفظان لا يفيدان التمليك ؛ بدليل أن المباح له الطعام يتناوله على ملك المبيح حتى كان له حق الحجر والمنع .

والرأى الراجح والذى انعقد عليه إجماع فقهاء المالكية أن العقد لا ينعقد بلفظ الإباحة أو التحليل - وفى المذهب رأى ضعيف يقول بانعقاد العقد بهما إذا أريد بهما الزواج وينسب هذا القول لابن الفق وهو من فقهاء المالكية(١) هذا وبعض فقهاء المالكية قصروا انعقاد عقد الزاوج على ألفاظ الإنكاح ، والتزويج والهبة والصدقة والإعطاء .

المذهب الشافعى والحنبلى :

وقد ذهب الشافعى ، وبعض علماء المالكية ، والحنابلة إلى أن الإيجاب فى عقد الزواج لا يتحقق إلا بلفظى الزواج ، والنكاح ومشتقاتهما بالنسبة لمن يعرف اللغة العربية ؛ لأن عقد الزواج له أهميته حيث تترتب عليه آثار تبقى بقاء الزمان كثبوت النسب وحرمة المصاهرة ولذا خص بعدم انعقاده إلا

---

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجى جـ ٣ ص ٨١٦ .

باللفظ الذى لاشبهة فى دلالته على إنشائه وإرادته ، كما خص بوجوب الإشهاد عليه لصحته دون سائر العقود .

الإيجاب والقبول بالعامية وبغير العربية

يرى الأحناف أن الزواج لايشترط فى إيجابه وقبوله أن يكون باللغة العربية الفصيحة بل يصح أن يكونا بالعامية المحرفة إذا أصبحت لغة يتفاهم الناس بها ويتخاطبون واستعملوها للدلالة على الزواج وكذلك ينعقد الزواج بأية لغة ولو كان العاقدان يعرفان اللغة العربية متى كانت العبارات التى استعملها العاقدان تدل على إنشاء عقد الزواج إذ العقود لاتتقيد بلغة دون لغة . وذهب الشافعية إلى عدم انعقاد الزواج بغير اللغة العربية بالنسبة لمن يعرفها . وأما من يجهلها فيصح عقد زواجه باللغة التى يعرفها .

انعقاد الزواج بالاشارة أو بالكتابة

من عجز عن النطق بالإيجاب أو القبول انعقد زواجه بإشارته المفهمة للعاقد الآخر وللشهود أنه يريد بها الزواج لأنها الطريقة الوحيدة لإظهار ما فى نفسه من معان فتكون إشارة العاجز عن العبارة كالبيان باللسان وأما إذا كان يعرف الكتابة فهل تغنى إشارته عن كتابته أم لاينعقد العقد إلا بالكتابة وجواب ذلك فيما يلى .

المذهب الحنفى :

فى المذهب الحنفى روايتان :

الأولى : أن الإشارة لا تغنى عن الكتابة فتكون عقود الأخرس

وتصرفاته بالكتابة ولا تكفى الإشارة لان الكتابة أدل على المراد وأبعد عن الاحتمال فلا يعدل عنها إذا أمكن العمل بها وهذا هو الراجح عند كثير من فقهاء المذهب .

الثانية : أن العقد ينعقد باشارة الأخرس كما ينعقد بكتابته ؛ لأن العبرة بحصول الإفهام وهو حاصل بالإشارة المفهمة كما هو حاصل بالكتابة فللأخرس أن ينشىء العقد بالإشارة أو بالكتابة .

جمهور الفقهاء :

ويرى جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أن زواج الأخرس ينعقد بإشارته المفهمة للمراد ؛ لأن ما ليس فى وسع الإنسان ، ولا يستطيعه لا يكلف به .

شروط عقد الزواج

قسم الأحناف الشروط الشرعية التى تشترط فى عقد الزواج إلى الأقسام الآتية :

١ — شروط لانعقاد العقد .

٢ — شروط لصحة العقد .

٣ — شروط لنفاذ العقد .

٤ — شروط للزوم العقد .

وبيان هذه الشروط تفصيلا فيما يلى :

شروط الانعقاد :

معنى شرط الانعقاد أى الأمور التى بدون وجودها وتحققها لا يكون للعقد

وجود شرعى ولا تترتب عليه آثار شرعية وشروط الانعقاد بعضها يشترط فى العاقدين ، وبعضها يشترط تحققه فى محل العقد ، وبعضها يشترط تحققه فى صيغة العقد .

ما يشترط فى العاقدين :

قال الأحناف يشترط فيمن يتولى عقد الزواج سواء كان يعقد الزواج لنفسه أو لغيره ما يأتى .

التمييز : يرى الأحناف أنه لا بد وأن يكون كل من العاقدين مميزاً فلا ينعقد الزواج إذا كان العاقد غير مميز بأن كان مجنوناً ، أو معتوها غير مميز ، أو صبياً غير مميز لفقدان أهلية التصرف .

سماع كل من العاقدين عبارة الآخر وفهم المراد منها :

كذلك يشترط لانعقاد العقد أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر وفهمه المراد به فيكفى أن يعلم القابل أن قصد الموجب بعبارته إنشاء عقد الزواج ، وأن يعلم الموجب أن قصد القابل بعبارته الموافقة على ما أوجبه .

ما يشترط فى محل العقد

يشترط فى الزواج أن تكون المعقود عليها محلا لورود العقد عليها بأن تكون امرأة غير محرمة على الرجل بأى سبب من أسباب التحريم المؤبد أو المؤقت فلو تزوج رجل امرأة يعلم أنها محرمة عليه لا ينعقد الزواج أصلا ولا يترتب عليه أى حكم من أحكام الزواج .

ما يشترط فى صيغة العقد

يشترط فى صيغة العقد ما يأتى :

١ — أن يتحد مجلس الإيجاب والقبول بمعنى أن يصدر القبول قبل أن يعرض الموجب عن إيجابه وقبل أن يعرض القابل عن إيجاب الموجب ولا يشترط عند الأحناف أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب مباشرة بدون فاصل بينهما . والإعراض عن الإيجاب قبل القبول كما يكون إعراضاً صريحاً قد يكون إعراضاً بطريق إتيان فعل يدل عليه كالخوض فى حديث لا علاقة له بالزواج وقد يكون بالقيام من المجلس لقضاء مصلحة لا صلة لها ولا ارتباط بالعقد والمرجع فى ذلك كله للعرف فما يعده العرف إعراضاً عن الإيجاب يكون إعراضاً مانعاً من انعقاد الزواج إذا حصل بعد الإيجاب وقبل القبول ، وما لا يعد إعراضا لا يمنع من انعقاد الزواج إذا حدث فوجد القبول .

٢ — أن يكون القبول موافقا للإيجاب صراحة أو ضمنا فإذا خالف القبول الإيجاب فلا ينعقد الزواج فإذا قال الأب والى المرأة لرجل زوجتك ابنتى فلانة فقال الرجل قبلت زواج أختها فلانة فلا ينعقد العقد :

٣ — أن تكون صيغة العقد من الألفاظ التى تدل على إنشاء عقد الزواج وأن تكون غير مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة على وجود شىء غير موجود وقت العقد .

ولبيان هذا الموضوع تفصيلا نقول :

العقد المنجز والمعلق والمضاف

العقد المنجز :

قد يعلق العاقدان عقدهما على شرط فلا يتم ولا ينعقد إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه وقد يكون إيجاب العاقدين منجزاً غير معلق على شرط ولا مضاف

إلى زمن وقد يضيفان العقد إلى زمن والأصل فى العقود أن تكون منجزة عدا الوصية والايصاء فإنهما لا يكونان إلا مضافين إلى مابعد الموت فإذا كانت صيغة عقد الزواج مطلقة غير مقيدة بشيء وقصد بها إيجاد الزواج ترتب آثاره عليه فى الحال كما إذا قال رجل لامرأة : تزوجتك فقالت له رضيت انعقد العقد بمجرد التلفظ بالإيجاب والقبول وترتبت عليه أحكام الزواج فى الحال إذا كان مستوفيا لشروط العقد الشرعية وهذا هو العقد المنجز .

العقد المضـاف :

وإذا أضيفت صيغة العقد إلى زمن مستقبل كأن يقول الرجل للمرأة تزوجتك غداً وتقبل منه ذلك سمى ذلك بالعقد المضاف وحكمه أن الزواج لاينعقد به لا فى الحال ولا فى الزمن الذى أضيف إليه العقد لأنه عقد يتنافى ومقتضى عقد الزواج من أنه يفيد الاستمتاع فى الحال بعد تمامه والشيء لايتحقق بما ينافيه .

العقد المعلق :

والعقد المعلق هو ماعلق حصوله على حصول شيء آخر فى المستقبل بأداة من أدوات التعليق كإن وإذا كأن يقول رجل لامرأة أتزوجك إن نجحت فى امتحان هذا العام أو أتزوجك إن قبل أبى ، وإن حضر محمد وما ماثل ذلك . وحكم هذا العقد فيما يلى :

التعليق الصورى .

يرى الأحناف أن التعليق على شرط قد يكون تعليقاً صورياً كما إذا علق الإيجاب على أمر موجود ومتحقق قبل صدور الإيجاب والقبول أو وجد وتحقق فى مجلس العقد بعد صدور الإيجاب والقبول ، كأن يقول رجل لامرأة

بالغة : تزوجتك إن كنت قد بلغت وتقبل منه ذلك أو يقول لها تزوجتك على مهر قدره مائة جنيه وتقول له قبلت إن رضى أبى بذلك ويرضى أبوها الحاضر معها فى مجلس العقد ، ويرى الأحناف أن هذا العقد من حيث الحقيقة الواقعية عقد منجز لا معلق أما تسميته معلقاً فهو من حيث الصورة اللفظية لا من حيث الواقع :

التعليق الحقيقى :

أما إذا علق الإيجاب أو القبول بأداة من أدوات التعليق على شىء غير موجود وقت العقد فلا ينعقد الزواج ، لأن المعلق على غير الموجود لا يكون موجوداً ويستوى فى ذلك أن يعلق العقد على أمر محقق الوقوع فى المستقبل كأن يقول لها : تزوجتك إن جاء فصل الربيع أو يعلقه على أمر محتمل الوقوع فى المستقبل كتزوجتك إن قدم أخى من سفره . أو يعلقه على أمر مستحيل الوقوع كأن يقول لها : أتزوجك إن دخل الجمل فى سم الخياط وبمثل رأى الأحناف فى العقد المعلق تعليقاً حقيقياً قال المالكية والشافعية فهم يرون أن العقد لا بد وأن يكون منجزا والصحيح عند الشافعية أن الزواج المعلق على شرط موجود وقت العقد هو زواج باطل وفى المذهب رأى يقول بصحة هذا العقد لأن التعليق صورى لأنه متى كان الأمر واقعاً وصحيحاً فقد انتفى التعليق حقيقة ، فهو تحقيق وليس بتعليق .

اقتران العقد بشرط

إذا كانت صيغة عقد الزواج منجزة غير معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل لكن اقترن بها شرط زائد اشترطه أحد العاقدين لتحقيق منفعة له أو لغيره وقبل الطرف الآخر هذا الشرط سمى هذا العقد بالعقد المقترن بالشرط . ويفرق بينه وبين العقد المعلق على شرط بالآتى .

أولا — من حيث الصورة نرى أن العقد المقترن بشرط يكون خالياً من أداة الشرط كإن وإذا ويسمى الشرط التقييدى . أما العقد المعلق على شرط فإنه يكون مقترنا بأداة من أدوات التعليق كإن وإذا ويسمى الشرط المعلق عليه العقد بالشرط التعليق .

٢ — من حيث الصورة العقد المعلق على شرط يتوقف وجوده على وجود الشرط المعلق عليه فلا تكون صيغة العقد فى هذه الحالة منشئة للعقد فى الحال بل عند وجود الشىء المعلق إذا كان العقد مما يقبل التعليق بالشرط أما العقد المقترن بشرط فالعقد منجز حاصل فى الحال ولكنه أعقب بشرط كأن تقول المرأة للرجل تزوجتك بشرط أن تعجل لى المهر كله أو بشرط أن تطلق زوجتك الأخرى ويقبل الرجل ذلك . والعقد المقترن بشرط حكمه أن ينعقد كحكم العقد المنجز غير المقترن بشرط . وحكم الشرط الذى اقترن بالعقد حسب التفصيل الآتى :

المذهب الحنفى :

قسم الأحناف الشروط التى يقترن بها عقد الزواج إلى شروط صحيحة ، وشروط فاسدة أو باطلة وقالوا .

١ — الشروط الصحيحة

الشروط الصحيحة هى الشروط التى يقتضيها العقد أو تؤكد ما يقتضيه العقد ، أو شروط . ورد بجوازها الشرع أو جرى بها العرف . فالشروط التى يقتضيها عقد الزواج هى الشروط التى موجبها حكم من أحكام الزواج أو أثر من آثاره كأن تشترط الزوجة على زوجها أن ينفق عليها ، أو يحسن

معاشرتها . والشروط المؤكدة لمقتضى العقد كأن تشترط الزوجة على زوجها أن يأتى لها بكفيل فى مهرها لضمان حصولها على المهر وهذا أمر يقتضيه عقد الزواج. أما الشروط التى ورد الشرع بجوازها وأوجب مراعاتها لكنها ليست من مقتضى العقد ولا مؤكدة لمقتضاه فمن أمثلتها اشتراط الزوج أن يكون له الحق فى طلاق الزوجة ، أواشتراط الزوجةأن أمرها بيدها . . . تطلق نفسها متى شاءت .

والشروط التى جرى العرف بها كاشتراط تعجيل كل المهر أو نصفه حسب عرف البلد الذى عقد فيه العقد .

حكم العقد المقترن بشرط صحيح

وحكم العقد الذى اقترن به شرط صحيح كحكم العقد المنجز غير المقترن بشرط من حيث انعقاده صحيحا مستوجباً لاحكامه وآثاره ما دام مستوفيا لجميع شرائطه الشرعية أما الشرط الصحيح الذى اقترن به فيجب الوفاء والعمل بمقتضاه غير أنه إذا لم يف الملتزم بالشرط أو لم يتحقق مضمون الشرط لم يكن لمن اشترطه الخيار فى فسخ العقد فلو شرط رجل فى امرأة يتزوجها أن تكون بكراً ، أو جميلة ، أو متعلمة ثم ظهرت على خلاف ذلك لم يكن للزوج الخيار فى فسخ العقد فى هذه الحالة عند عدم الوفاء بالشرط لأن فوات الرضى لا أثر له فى عقد الزواج فالأحناف يرون صحة زواج المكره .

٢ — الشروط غير الصحيحة

أما الشروط الفاسدة أو الباطلة فهى الشروط التى لا يقتضيها عقد الزواج وليست من ملائماته ، ولا مما ورد بها الشرع ، أو جرى بها العرف كاشتراط الزوج ألا ينفق على زوجته ، أو ألا يدفع لها مهراً . أو اشتراطها على الزوج

أن يسكنها فى بيت أهلها أو أن يجرى التوارث بينهما مع اختلافهما فى الدين بأن كان الزوج مسلما والزوجة كتابية فهذه الشروط كلها باطلة فى نفسها لأنها تنافى مقتضى العقد أو تخالف أحكام الشريعة .

العقد المقترن بشرط غير صحيح

أما حكم العقد المقترن بشرط غير صحيح فالعقد متى استوفى شرائطه الشرعية فهو عقد صحيح تترتب عليه أحكامه وآثاره ويلغو ما اقترن به من شرط ولا يجب الوفاء به ولا تأثير لاقتران الشرط الفاسد بعقد الزواج على صحة العقد ؛ لأن الزواج لا يفسد بالشروط الفاسدة أصلا عند السادة الأحناف .

شروط صحة الزواج

يشترط لصحة عقد الزواج ما يأتى .

١ — محلية المرأة للزواج

يشترط أن تكون المرأة محلا للزواج بالنسبة للرجل الذى يريد الزواج بها فإذا كانت محرمة عليه تحريماً مؤبداً أو مؤقتاً فلا يصح العقد عليها ولو عقد عليها غير عالم بحرمتها ثم بان له التحريم وجب عليهما الافتراق فوراً وإلا فرق القاضى بينهما .

٢ — الإشهاد على العقد

كذلك يشترط لصحة عقد الزواج أن يكون بحضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح علي غير ذلك فهو باطل فإن تشاجروا فالسلطان ولي من لاولي له » .

ويشترط فى الشاهدين البلوغ والعقل والحرية وأن يسمعا كلام العاقدين مع فهمهما المراد منه ولو فهماً إجماليا . وأن يكونا مسلمين — وعلى ذلك لا يصح عقدالزواج بشهادة الصغير ، أوالمجنون أو الرقيق ، لأن الشهادة تعتبر من باب الولاية لأنها تنفذ على المشهود عليه ولا ولاية لأحد من هؤلاء على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره إذ الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة ولأن عقد الزواج له شرفه ومكانته ولا يحصل الغاية من الإشهاد عليه بشهادة المجنون أو الصبى أو العبد . ولا يصح عقد الزواج بشهادة رجل وامرأة بل لا بد من شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين وتعتبر المرأتان كرجل واحد فى الشهادة « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى »[1] كما لا يصح عقد الزواج بشهادة النساء وحدهن مهما كثر عددهن — ولا يصح العقد بشهادة شاهدين لم يسمعا معا كلام العاقدين بأن سمعا كلام أحد العاقدين دون كلام العاقد الآخر ، أو سمع أحدهما الإيجاب وسمع الآخر القبول أو سمع شاهدان كلام أحد العاقدين وسمع شاهدان آخران كلام العاقد الآخر ، إذ لم يتحقق فى كل هذه الصور شرط الشهادة وهو سماع الشاهدين معا مجموع الإيجاب والقبول فى العقد . وكذلك لا يصح العقد بشهادة الأصم ، أو النائم أو السكران الذى لا يعى ما يسمعه ولا يتذكره بعد إفاقته — ويصح العقد بشهادة الأعمى والفاسق وبحضور ابنى الزوجين أو ابنى أحدهما لتحقق المقصود من الشهادة على العقد بحضور هؤلاء وشهودهم العقد إذ بحضورهم يتحقق إعلان العقد بين الناس وإن كانت شهادتهم لا تقبل أمام

---

(١) البقرة الآية رقم ٢٨٢ .

القضاء لإثبات الزوجية عندانكارها لأنهم ليسوا أهلا لأداء الشهادة للشبهة فى شهادتهم وللتهمة فى شهادة الأبناء للآباء .

ولا يصح العقد بشهادة الكافر لأنه لا ولاية له على المسلم والشهادة كما قلنا من باب الولاية وإجاز الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف زواج المسلم بالكتابية بشهادة كتابيين ولو كانا مخالفين لها فى الدين لأنهما يعتبران الشهادة فى هذه الحالة شهادة على الكتابية وشهادة الكتابى على مثله جائزة وقالا : أن الكتابى إذا كان ولياً على الكتابية يصح له أن يتولى عقد زواجها بولايته عليها فيصح أن يكون شاهداً فى عقد زواجها بطريق الأولى لأن الإيجاب والقبول ركن العقد والشهادة شرط فى صحته ومن جاز له أن يتولى ركن العقد جاز له من باب أولى أن يتولى شرطه لأن الركن أقوى من الشرط والأصل أن كل من صلح أن يكون ولياً فى العقد بولاية نفسه صح أن يكون شاهداً فيه - وقال محمد وزفر والشافعى بعدم صحة شهادة الكتابى على عقد زواج المسلم لكتابية لأن شهادته شهادة على الزوج والزوجة معاً فتكون شهادته وقعت على المسلم وشهادة الكافر على المسلم لاتجوز ؛ لأنها كما قلنا من باب الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم « لايتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين (١) » « والذين كفروا بعضهم أولياء بعض (٢) » .

٣ — أن تكون الصيغة غير مؤقتة :

يشترط لصحة عقد الزواج أن تكون الصيغة التى استعملت فى إنشاء العقد غير دالة على توقيته بزمن قل هذا الزمن أو كثر. فإذا استعملت فى إنشاء عقد

---

(١) الآية ٢٨ من سورة آل عمران .

(٢) الآية رقم ٧٣ من سورة الأنفال

الزواج صيغة دالة على أن العقد لمدة طالت أو قصرت كان العقد باطلا عند جمهور الفقهاء فمن قال لامرأة تزوجتك لمدة سنة وأجابته المرأة موافقة أو قال لها وهو غريب عن البلدة تزوجتك مدة إقامتى هنا (فى البلد الذى يقيم فيه) وهو لايعلم كم من الزمن يقيم وصدر منها قبول الزواج المؤقت كان العقد باطلا .

هذا ويرى الإمام زفر وهو من فقهاء الأحناف أن التوقيت لا يفسد عقد الزواج بل يفسد التوقيت ويلغو ويصح العقد مؤبداً كما هو الشأن فى كل عقد زواج اقترن به شرط فاسد حيث يرى الأحناف صحة العقد وبطلان الشرط فكذلك الزواج الذى شرط فيه التأقيت . وبناء على رأى زفر إذا تزوج المرأة بقوله لها تزوجتك لمدة شهر أو سنة ، أو عشر سنين بحضور شاهدين ولم يوجد مانع شرعى بالمرأة يمنع انعقاد العقد وقبلت المرأة الزواج انعقد عقد الزواج مؤبداً ولغى التوقيت الزمنى .

شروط نفـــاذ العقد

معنى شرط النفاذ :

المراد بشرط النفـــاذ هو مايتوقف عليه ترتب آثار العقد بعد انعقاد العقد صحيحاً .

وبصفة إجمالية يشترط لنفاذ العقد الصحيح أن يكون لكل من عاقديه صفة شرعية فى تولى العقد من أصالة أو ولاية ، أو وكالة . وتفصيل ذلك فيما يلى :

أولا حالة تولى العاقدين العقد لنفسهما :

فى حالة ما إذا كان العاقدان يتوليان العقد لنفسيهما فيشترط فيهما كمال الأهلية بأن يكونا بالغين عاقلين حرين إذ بكمال الأهلية تثبت للشخص ولاية

تامة على شئون نفسه فيتولى مباشرة عقوده وتصرفاته على اختلاف أنواعها وعقد الزواج الذى يتولاه العاقل البالغ الحر لنفسه فى محل صالح له يكون نافذا دون توقف على إجازة أحد . ويعد المحجور عليه للسفه أو الغفلة كامل الأهلية بالنسبة لعقد الزواج فإذا تولى عقد زواجه كان العقد صحيحاً نافذاً متى استوفى الشروط والأركان (١) .

ناقص الأهلية :

أما إذا كان من يتولى العقد لنفسه ناقص الأهلية بأن كان صبياً مميزاً وتولى عقد الزواج لنفسه بنفسه أو بوكيله فالعقد ينعقد صحيحاً إلا أنه موقوف نفاذه على إجازة من له الحق فى إجازته فإن أجازه نفذ ، وإن لم يجزه اعتبر باطلا منذ صدوره .

ثانياً : إذا تولى العقد غير الزوجين

وإذا تولى غير الزوجين عقد الزاج فإن كان لهما سلطة شرعية فى مباشرة العقد بأن يكونا وليين للزوجين ، أو وكيلين عنهما أو أحدهما ولياً والآخر وكيلا انعقد العقد نافذاً متى كان مستوفياً شروط الانعقاد والصحة . أما إذا كان طرفى العقد فضوليين أو كان أحدهما فضولياً والآخر أصيلا أو وكيلا فإن استوفى العقد شروط إنعقاده وصحته فإن العقد ينعقد صحيحاً موقوفاً نفاذه على إذن صاحب الشأن زوجاً أو زوجة أو ولياً لهما فإن أجازه نفذ ، وإلا اعتبر

---

(١) يرى الأحناف أن عقد الزواج تصرف شخصى ولا أثر للحجر فى التصرفات الشخصية لأنها ليست موضع حجر وإنما موضع الحجر هو التصرفات المالية فإذا كان المحجور عليه للسفه هو الزوج لا يثبت للزوجة أكثر من مهر مثلها وإذا كانت الزوجة هى المحجور عليها ثبت لها مهر مثلها ولو رضيت بالأقل .

باطلا . ويعتبر الوكيل فى عقد الزواج فضولياً إذا وكل فى الزواج من امرأة معينة عينها له موكله فزوجه بغيرها . وكذلك الولى البعيد مع وجود الولى الأقرب المستوفى شروط الولاية على التزويج .

شروط لزوم عقد الزواج

شرط اللزوم هو الذى يعطى حق فسخ عقد الزواج لكل واحد من الزوجين إذا لم يكن متوفراً حيث يلزم أن يكون هذا العقد قائماً على أساس الرضا الصحيح الكامل . ولهذا فإن الفقهاء يشترطون فى لزوم عقد الزواج ما يأتى : —

١ — ألا يكون الولى الذى تولى عقد الزواج لناقص الأهلية أو فاقدها غير الأصل والفرع فإن كان الذى تولاه غيرهما يكون لكل واحد من الزوجين حق طلب فسخ العقد .

٢ — ألا تزوج العاقلة البالغة نفسها من غير كفء . فإن فعلت ذلك كان لوليها حق الاعتراض وطلب فسخ العقد لأنه يعير بذلك .

٣ — ألا يقل المهر عن مهر المثل فإن قل عن ذلك فللولى حق الاعتراض على الزواج حتى يفسخ العقد أو يكمل إلى مهر المثل لأنه يعير بذلك أيضاً حسب العرف الجارى .

٤ — ألا يكون بالزواج عيب مستحكم لا يمكن للزوجة أن تبقى معه فى عصمة الزوج إلا بضرر ظاهر .

والعيوب التى يفسخ العقد من أجلها منها ما هو موضع اتفاق بين الفقهاء كالعنة والجب والخصاء . ومنها ما يعطى حق الفسخ عند بعضهم كالجنون والجذام والبرص وما أشبه ذلك من الأمراض الجسمانية المستعصية :

وهناك شرط قانونى وهو ألا تقل من الزوج عن ثمانى عشرة سنة وسن

الزوجة عن ستة عشر سنة . فلا يجوز لموثق عقد الزواج وهو المأذون فى داخل القطر والقنصل فى خارجه أن يباشر سلطة توثيق العقد إلا إذا تحقق من استيفاء الشرط . وكل من خالفه أو يثبت أنه ساعد على هذه المخالفة يحاكم قانوناً بالحبس والغرامة .

الولاية

معنى الولاية :

الولاية بفتح الواو وكسرها فى اللغة النصرة . وقيل أنهــا بالفتح المصدر وبالكسر الإسم ، كالإمارة هى اسم لما يتولاه الشخص ، ويقوم به من الأعمال .

المعنى الاصطلاحى :

عرف بعض الفقهاء الولاية بأنها قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره جبراً عليه وعرفها البعض الآخر بأنها تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى .

وواضح من التعريفين السابقين أنهما قاصران على ولاية الإجبار فهى التى تثبت للولى جبراً على المولى عليه ، وينفذ فيها قوله على المولى عليه شاء أو أبى . ولا يدخل ضمن هذا التعريف الولاية الإختيارية كولاية تزويج الحرة البالغة فإنها تملك أن تزوج نفسها دون حاجة إلى الولى عند الحنفية فهم يرون أن للبكر البالغة العاقلة تزويج نفسها دون حاجة إلى الولى ، وأن النكاح ينعقد بعبارتها لكن يستحب لها أن تجعل الولى يباشر العقد صوناً لها عن التبذل وحتى لا توصف بعدم الحياء .

والولاية الاختيارية المسماة بولاية الندب ، والاستحباب أشبه ما تكون بالوكالة ، بل أن الأحناف اعتبروا الولى فيها وكيلا ، وإنما أطلق عليه إسم الولى للقرابة فقط وحق الولاية ينشأ فى أغلب صوره عن القرابة .

أقسام الولاية

تنقسم الولاية باعتبار عمومها إلى :

١ — ولاية عامة .

٢ — ولاية خاصة .

كما تنقسم أيضاً باعتبار المولى عليه إلى :

ا — ولاية على النفس .

ب — ولاية على المال .

وتنقسم أيضاً باعتبار مصدرها إلى ولاية ذاتية وإلى ولاية مكتسبة .

الولاية العامة

الولاية العامة هى ولاية الإمام ، والسلطان ، والقاضى ؛ إذ تثبت ولايتهم على كل من يقوم به المعنى المقتضى لامتداد ولاية الغير ، وليس له ولى خاص فالقاضى ولى من لا ولى له .

الولاية الخاصة

وهى ولاية الأب ، والجد ، والوصى ، واليتيم ، ومتولى الوقف .

الولاية الذاتية :

وهى التى تثبت للشخص باعتبار ذاته ، ولا يستفيدها من الغير ، وتكون لازمة لا تقبل الإسقاط ، ولا التنازل عنها كولاية الأب والجد فولايتهما على الصغير وصف ذاتى لهما .

الولاية المكتسبة :

وهى الولاية التى تثبت للشخص لمعـــنى فيه ويستفيدها من الغير وتقبل الإسقاط والتنازل ـ ومن هذا ولاية الوصى والقاضى .

الولاية فى النكاح

ينشأ حق الولاية فى الزواج مما يأتى :

أولا : القرابة .

ثانياً : الملك .

ثالثا : الولاء .

رابعاً : الإمامة .

القــــرابة :

قال أبو حنيفة إن الولاية تثبت بسبب القرابة بين الولى والمولى عليه بمجرد وجود أصل القرابة لا كمالها ؛ لأن كمال القرابة شرط لتقدم بعض الأولياء الأقارب على بعض . فكل قريب من المولى عليه يمكن أن يكون ولياً فى تزويجه سواء أكانت قرابته منه قريبة وكاملة كالأب والجدوالإبن ، أم بعيدة كابن الخال وابن العم ، أم كانت أبعد من ذلك . فكل قريب أهل لأن تثبت له الولاية غير أنها تثبتأولا للأقرب فالأقرب. وقال فقهاء الحنفية إنه إذا تولى الأب أو الجد زواج الصغير أو الصغيرة كان العقد لازماً فىحقها ولا خيار لهما فى فسخه عند بلوغهما وكذلك يكون الأمر بالنسبة لتزويج الأب أو الجد أو الإبن للكبير المعتوه والمجنون والكبيرةالمجنونة والمعتوهة. لكن إذا تولى العقد فى الحالات السابقة ولى قريبٌ غير الأب والجد أو الإبن فإن العقد بالنسبة للصغير أو الصغيرة وبالنسبة للكبير أو الكبيرة والمجنون أو المجنونة غير لازم عند البلوغ ، أو الإفاقة بل لكل من المذكورين خيار فسخ العقد أو إبقائه عند البلوغ ، أو الافاقة . وعلل الأحناف لذلك بقولهم : إن المفروض فى الأب والجد والإبن كمال الشفقة وحسن الرأى أما غيرهم فالمفروض وجود الشفقة عندهم لا كمالها .

شروط ولاية الزواج الثابتة بالقرابة

يشترط فى الولى الذى له حق التزويج ما يأتى :

١ — أن يكون بالغاً عاقلا .

٢ — أن يكون متحداً معه فى الدين فلا ولاية للقريب غير المسلم على قريبه المسلم .

٣ — أن يكون حراً .

ولم يشترط الحنفية فى الولى العدالة واشترطها الشافعية والحنابلة غير أن الأحناف وقد أجازوا للولى الفاسق تزويج ابنته الصغيرة قالوا : إنه إذا كان الولى فاسقاً متهتكاً لا يبـــالى بما يصنع فإن عقده على موليته لا ينفذ إلا إذا توافرت فيه المصلحة بأن يكون الزواج من كفء وبمهر المثل .

الولاية بسبب الملك

والسبب الثانى من أسباب ولاية التزويج الملك ، فللسيد حق تزويج عبده وأمته ويختار لهما جبراً عليهما . ويروى عن أبى حنيفة أنه قال : لا يزوج السيد عبده إلا برضاه ، وهذا هو مذهب الشافعية رضى الله عنهم .

شروط الولاية الثابتة بالملك

يشترط لثبوت الولاية التى مصدرها الملك ما يأتى :

١ — العقل فالمجنون لا ولاية له على نفسه فأولى ألا تكون له ولاية على غيره وكذا ناقص العقل .

٢ — البلوغ والصبى غير المميز لا ولاية له على غيره إذ عقده موقوف على إذن وليه ، فلا تكون له ولاية ينفذ بها عقده .

الولاية بسبب الولاء

قد تكون ولاية التزويج مصدرها الولاء فالولاء كما ورد : لحمة كلحمة النسب ـ والنسب يثبت بسببه الولاية فكذلك ما حمل عليه .

أقسام الولاء :

والولاء نوعان : (١) ولاء عتاقة . (٢) وولاء موالاة .

١ ـ ولاء العتاقة :

ولاء العتاقة : هو الحق الذى يثبت للمعتق على عتيقه ، ويرثه به فتثبت بسببه ولاية التزويج فإذا كان العتيق صغيراً أو مجنوناً ، أو معتوها كان لمعتقه ولو أنثى ولاية تزويجه . ويشترط لثبوت هذه الولاية فى المعتق أن يكون عاقلا . بالغاً كما يشترط فى العتيق ألا تكون له عصبة نسبية فإن كانت له عصبة نسبية كالإبن، والأب، والأخ، والعم ، فلا يكون لسيده المعتق ولاية تزويجه وإنما يزوجه العاصب من النسب ، لأن هذه الولاية كما قلنا معتبرة بالإرث فالمقدم فى الإرث يكون مقدماً فيها . والعصبة النسبية مقدمة فى الميراث على العصبة السببية .

٢ ـ ولاء الموالاة :

ولاء الموالاة : هو الحق الذى يثبت لشخص على آخر نتيجة عقد يعقده معه يتعاهد وإياه على النصرة (دمه كدمه ، يعقل عنه إذا جنى ، ويرثه إذا مات) فبهذا التعاقد يكون للشخص حق على من تعاقد معه فإذا كان صغيراً كان له ولاية تزويجه . وكذلك إذا جنى أو أصيب بعته .

ويشترط فى الولى أن يكون عاقلا بالغاً ـ وأن المولى عليه لاعصبة له نسبية أو سببية .

٣ — الولاية بسبب الإمامة

يثبت للإمام العام ومن ينوب عنه كالسلطان والقاضى ولاية تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون لعديم الأهلية ولى خاص من أنواع الولاية السابقة . وهذه هى ولاية الإيجاب ـ أما ولاية الندب والاستحباب فتثبت للإمام العام ومن ينوب منابه فى حالة ما إذا عضل الولى العاصب كما إذا رفض القريب تزويج قريبته من الكفء. فالولاية على البنت فى هذه الحالة ولاية ندب واستحباب ؛ لأنها تملك تزويج نفسها ، ولكنها لما كانت فى حالة لاتستطيع معها أن تتولى عقد الزواج بنفسها بسبب عضل الأولياء والأقارب وجب على الولى العام السلطان أو نائبه أن يرفع عنها هذا الظلم ويزوجها من الكفء الذى ترضاه وذلك بما للولى العام من ولاية عامة . ولا يشترط فى السلطان أن يكون متحداً مع المولى عليه فى الدين .

ولاية الإجبار فى الزواج

مذهب الحنفية أن ولاية الإجبار فى التزويج تكون حسب الترتيب الآتى:

١ — الأب ثم الجد .

٢ — ثم تكون الولاية بعد الأب والجد لغيرهما من الأقرباء . واختلف الأحناف فى الأقرباء غير الأب والجد هل يشترط فيهم العصوبة لثبوت أصل ولاية الإجبار أم لا وتفصيل ذلك فيما يلى :

١ — يرى أبو حنيفة وأبو يوسف فى رواية مرجوحة عنه أن ولاية الإجبار كما تكون للعصبة من الأقارب تكون لغير العصبة منهم[١] .

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤١٣ .

٢ - ويرى الإمام محمد : أن ولاية الإجبار لا تكون لقريب غير عاصب واتفق الأحناف على أن الأقارب غير العصبة مؤخرون فى الترتيب فى ثبوت حق التزويج لهم عن أصحاب العصبة النسبية ، والعصبة السببية .

ترتيب الأولياء الذين لهم حق الإجبار

٣ - وعلى رأى من يرى أن الولاية فى التزويج تكون للأقارب غير ذوى العصبة كما تكون للعصبة منهم يكون ترتيب طوائف الأولياء هكذا .

١ - العصبة النسبية على الترتيب الخاص بها .

٢ - العصبة السببية .

٣ - الأقرباء غير العصبة .

٤ - مولى الموالاة .

٥ - السلطان والقاضى .

ويقدم من العصبة النسبية الأقوى فالأقوى حسب ترتيبهم فى الميراث فيقدم الأبناء ثم أبناؤهم وإن نزلوا - ثم يقدم الأب فالجد أبو الأب ثم أبوه وإن علا ثم الإخوة الأشقاء ، ثم الأخوة لأب ، ثم أبناء الأخوة الأشقاء ثم أبناء الأخوة لأب وهكذا مهما نزلوا .

ثم يقدم بعد ذلك الأعمام الأشقاء ، ثم الأعمام لأب ، ثم أبناء الأعمام الأشقاء ، ثم أبناء الأعمام لأب ، ثم عم الأب الشقيق ، ثم عمه لأب ، ثم ابن عم الأب الشقيق ثم ابن عم الأب لأب وهكذا .

وقال الأحناف : يقدم الأبناء فى الولاية على من عداهم فمتى وجد واحد منهم كانت له الولاية فإذا لم يوجد واحد من أهل الصنف الأول انتقل الحق

فى الولاية إلى الصنف الثانى ثم إلى من بعده من الصنف الثالث (الإخوة وأبناؤهم) على أن يقدم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب الخ . ثم تنتقل الولاية عند انقراض الصنف الثالث إلى الصنف الرابع وهم الأعمام الأشقاء ثم الأعمام لأب ، ثم أبناء الأعمام الأشقاء ، ثم لأب ثم عم الأب الشقيق ، ثم عمه لأب .

الابن يقدم على الأب :

وقال الأحناف : لو اجتمع الإبن والأب استحق الإبن الولاية دون الإب . فالمجنونة التى لها أب وابن ـ الولاية عليها لابنها دون أبيها ، لأن ابنها أقوى فى العصوبة بالنسبة لها من الأب فالإبن فى الميراث إذا اجتمع مع الأب كان هو العصبة دون الأب . وهـذا هو رأى الإمام أبى حنيفة وأبى يوسف .

رأى محمد :

ويرى الإمام محمد تقديم الأب على الإبن فى الحالة السابقة ، وعلل لرأيه بقوله : إن الأب أرق شفقة من الإبن ، ولأنه يكون ولياً فى المال أيضاً . وقال صاحب البدائع والأفضل أن يفوض ابنها إلى أبيها تزويجها تعظيما لمكان الأبوة .

والترتيب بين أهل كل صنف مرتبون فيما بينهم على حسب قرب درجتهم من المولى عليه وصاحب الواسطة الواحدة بينه وبين المولى عليه مقدم على صاحب الواسطتين فالإبن مقدم على ابن الإبن والأب مقدم على الجد ، والعم مقدم على ابن العم .

إذا وجد أكثر من ولى :

وإذا كان هناك أكثر من ولى وكانوا من صنف واحد ودرجة واحدة

كالأخوين مثلا قدم أقواهما قرابة للمولى عليه فيقدم الأخ الشقيق على الأخ من الأب ، والعم الشقيق على العم من الأب فإن استووا فى القوة أيضاً بأن كانوا جميعاً أشقاء ، أو كانوا جميعاً لأب كانت الولاية الفعلية لهم جميعاً فإذا تولى أحدهم العقـــد فإنه يقع صحيحاً نافذاً ، وليس لأحد من الباقين حق الاعتراض ؛ لأن الولاية حق واحد لايتجزأ وهو ثابت لكل منهم على الكمال فإذا أدى مقتضاه واحد منهم نفذ على الباقين .

الولاية بغير القرابة :

أما الولاية بغير القرابة فيكون الترتيب فيها كما ذكرنا سابقاً من أنه تقدم الولى بسبب العصبة السببية وهى التى تكون بسبب العتق فتكون الولاية على العتيق أو العتيقة للمعتق، أو المعتقة ، ثم لعصبته النسبية على حسب الترتيب الذى أوضحناه فى العصبة النسبية سابقاً . فإذا كان المولى عليه حر الأصل ، أو كان عتيقاً ليس أحداً من العصبة السببية فالولاية تكون لبقية الأقارب من ذوى الأرحام وأصحاب الفروض فى باب الميراث ، فهم مقدمون على الأولياء الذين ليست لهم قرابة بالمولى عليه كولى الموالاة والسلطان والقاضى ، وذلك لوجود الشفقة عندهم أكثر من غيرهم . وفى ترتيب هؤلاء فى الولاية آراء أرجحها ماقيل من أن الولاية تكون للأم أولا ، وتأتى بعدها الجدة أم الأب ، والجدة أم الأم ، والبنت ، وبنت الإبن ، وبنت البنت ، وبنت ابن الإبن ، وبنت بنت البنت ، والجد أبو الأم ، والأخت الشقيقة والأخت لأب ، والأخ والأخت من الأم على سواء ، وأولاد الأخوات على ترتيب أمهاتهم ، والأعمام من الأم ، والعمات والأخوال ، والخالات وأولادهم على حسب هذا الترتيب . ثم ينتقل الحق بعد ذلك إلى مولى الموالاة حيث لا يوجد ورثة لأنه آخر الورثة . فلمولى الموالاة فى هـذه الحالة أن يزوج سواء كان المعتق ذكراً أو أنثى وهذا

عند أبي حنيفة . وعند محمد ليس له ولاية التزويج أصلا لأن العصوبة شرط عنده وبمثل هذا نسب القول لأبي يوسف فى رواية راجحة عنه . ثم تنتقل ولاية الإجبار بعد ذلك للسلطان والقاضى بشرط ، ألا يكون هناك ولى أصلا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « السلطان ولى من لا ولى له » .

زواج المكلفة بدون ولى

يشمل البحث فى زواج المكلفة بدون ولى مسألتين هما :

١ — هل أذن الولى شرط فى صحة زواج المرأة البالغة أو ليس بشرط ؟

٢ — هل يصح عقد النكاح بعبارة النساء أم لا ؟

أما المسألة الأولى فقد اختلف فيها العلماء حسب التفصيل الآتى :

رأى الأحناف

ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلى أن زواج العاقلة البالغة صحيح سواء أذن لها الولى بالزواج أم لا ، فإذنه ليس بشرط وأن العقد يصح متى كانت المرأة العاقدة عاقلة بالغة سواء كانت بكراً أم ثيباً ، لأن الولاية بالنسبة لها ولاية ندب واستحباب فيصح عقدها لنفسها بدون رضا وليها وينفذ وهو عقد لازم على الأولياء متى توفرت فيه المصلحه بأن كان الزواج كفئاً وكان المهر مهر المثل . أما إذا كان الزوج غير كفء أو كان المهر أقل من مهر المثل فالعقد لا يلزم الأولياء إلا إذا رضوا به ، أو سكتوا حتى ولدت المرأة ، أو كان بها حبل ظاهر . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فى حالة تزوج المرأة بغير كفء يكون العقد باطلا من أول الأمر وهذه الرواية هى التى اختيرت للفتوى .

رأى محمد :

وقال محمد : إن إذن الولى شرط فى نفاذ العقد لا فى صحته فإن عقدته المرأة البالغة العاقلة بدون إذن الولى انعقد العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة وليها . ويستوى فى ذلك أن تكون العاقدة بكراً أو ثيباً ، لأن الولاية بالنسبة لها ولاية شركة فلا يستبد أحدهما بالعقد بل يتوقف العقد من أحدهما على إجازة الآخر .

رأى جمهور الفقهاء

وذهب الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى ، وأحمد إلى أن رضا الولى وإذنه شرط فى صحة العقد بل إنه يلزم لصحة العقد أن يباشره الولى بنفسه ، أو يوكل به غيره من الرجال . وقالوا إن المرأة المكلفة إذا كانت بكراً فالولاية عليها ولاية استبداد وإجبار ويكون الأمر فيها إلى الولى وحده ، وإن كان يندب أخذ رأى المرأة وإذا كانت المرأة ثيباً كانت الولاية عليها ولاية شركة فلابد فيها من إذن الولى ورضاه .

رأى الظاهرية

وقال داود الظاهرى : إن العاقدة إذا كانت ثيباً كان عقدها صحيحاً ولا حاجة إلى إذن وليها . أما البكر فالعقد عليها بدون رضاها باطل .

الأدلة

أدلة الأحناف :

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بالسنة التى منها .

ما رواه ابن عباس عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : الأيم

أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر فى نفسها ، وإذنها صماتها » حديث صحيح متفق عليه .

وجه الاستدلال :

الجملة الأولى من الحديث تفيد أن الأمر فى زواج البالغة العاقلة إلى نفسها، وأن لها من الحق فى أمر زواجها ما ليس لوليها عليها ، ومفاد ذلك أن لها أن تملك أن تتزوج برأيها وحدها وأن الولى إذا كان له معها شىء من الحق فهو استحباب أخذ رأيه ، وأن يكون الزواج برضاه . وذلك معنى ولاية الاستحباب ويستوى فى ذلك أن تكون المرأة ثيباً أو بكراً فإن الأيم : هى التى لا زوج لها مطلقاً . وعلى فرض أن المراد بالأيم فى هذا الحديث الثيب خاصة ، كما جاء فى رواية أخرى بلفظ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » فإن حكم البكر يستفاد من الجملة الثانية فى الحديث ففيها أمر باستئمار البكر ، وأخذ رأيها فى زواجها ، ولم يجعل للولى معها حق . وقد أشارت الجملة الثانية من الحديث إلى الفرق بين البكر والثيب ، وهو أن البكر ينبغى أن يكتفى منها بالسكوت فى الدلالة على رضاها بالزواج ؛ نظراً لما عندها من الحياء الذى يمنعها عادة من التصريح برغبتها فى الزواج لا سيما إذا كان المستأمر هو الأب أو الجد .

أدلة جمهور الفقهاء :

استدل الأئمة الثلاثة بالكتاب والسنة فقالوا :

الكتاب :

أما الدليل من الكتاب فقوله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » .

وجه الاستدلال :

خاطب الله الأولياء محذراً لهم من العضل فلو كان أمر زواج النساء إلى غير أوليائهن لما كان هناك معنى لنهى الأولياء عن شيء لا يملكون إتيانه . قال الشافعي رضى الله تعالى عنه : قوله تعالى : (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أصرح دليل على اعتبار الولى ، وإلا لما كان لعضله معنى .

السنة :

أما السنة فمنها قوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى » وما رواه ابن ماجة من أن رسول الله صلوات الله وسلامه عليه قال : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها » أخرجه الدارقطنى بإسناد على شرط الشيخين بقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » .

وجه الاستدلال :

الحديث الأول والثالث يدلان على أن عقد زواج المرأة موقوف صحته على إذن وليها ، وأن الزواج إذا وقع بدون إذنه كان باطلا . والحديث الثانى : « لا تزوج المرأة المرأة . . . . » دل على عدم صحة النكاح إذا تم بعبارة المرأة دون عبارة الولى فدل ذلك كله على أن إذن الولى ومباشرته للعقد هو أو وكيله شرط فى صحته .

مناقشة الأدلة

وناقش الأحناف أدلة جمهور الفقهاء فقالوا :

إن حديث « لا نكاح إلا بولى » لا يصح الاحتجاج به لأنه مضطرب

الإسناد اضطراباً شديداً . وهو ـ مهما علت درجته ـ لا يعارض الحديث المتفق على صحته وهو حديث : « الأيم أحق بنفسها من وليها » أما حديث « أيما امرأة » فهو من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن ابن شهاب الزهرى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لكن ابن جريج سأل عنه ابن شهاب الزهرى فأنكره ؛ فقال له : إن سليمان حدثنا عنك فأثنى على سليمان وقال أخشى أن يكون قد وهم . وهذه عبارة يقرر العلماء أنها تدل على الإنكار . فالحديث إذن ضعيف ، ولا يصح الاستناد إليه . ويدل على ضعف الحديث أيضاً أن السيدة عائشة التى نسبت إليها رواية الحديث لم تعمل به ؛ فقد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر وكان غائباً فلما حضر غضب لذلك وقال : أمثلى يصنع به هذا ؟ وفى رواية أنه قال : أمثلى يفتات عليه فى بناته ؟ ثم لم ينقل عنه أنه أبطل العقد لوقوعه بدون حضوره أو إذنه .

انعقاد النكاح بعبارة المرأة

وأما المسألة الثانية : وهى انعقاد الزواج وصحته بعبارة المرأة الرشيدة ففيها الخلاف المتقدم بين الحنفية وجمهور الفقهاء وتفصيل ذلك فيما يلى :

رأى فقهاء الحنفية :

قال جمهور الأحناف : إن العقد يصح بعبارة المرأة البالغة الرشيدة سواء كانت تعقد لنفسها أو لغيرها . وقال الإمام محمد: إن العقد ينعقد موقوفاً على إذن الولى .

رأى جمهور الفقهاء :

وقال الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعى ، وأحمد إن عقد النكاح لا يصح بعبارة المرأة مطلقاً .

الأدلة

أدلة الحنفية

استدل جمهور الأحناف بالكتاب والسنة والمعقول فقالوا :

الكتاب

قال جمهور الأحناف أن الكتاب الكريم قد أشار ودل على أن عبارة المرأة ينعقد بها عقد الزواج متى كانت المرأة العاقدة لنفسها أو لغيرها كاملة الأهلية فى أكثر من أية فمن ذلك قوله تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » وقوله جل شأنه : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف » .

وجه الاستدلال

أسند الله سبحانه وتعالى فى هذه الآيات وفى غيرها النكاح إلى المرأة ، والأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيق . وقد جعل الله فى الآية الأولى حل المطلقة ثلاثاً موقوفاً على أن تزوج المطلقة نفسها رجلا غير مطلقها الذى تريد العودة إليه . والظاهر من الآيتين الثانيه والثالثة ، أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله فى نفسها من معروف راجع وصادر عنها ، وأنه أمر جائز ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولى . فدل ذلك على أن عقد النكاح ينعقد بعبارة المرأة بالنسبة لنفسها .

السنة

وأما السنة فقد استدل الحنفية بما استدلوا به من قبل ذلك فى إحاديث ذكروها فى الموضوع الأول وهو عقد المرأة لنفسها دون إذن وليها

ومنهـا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الأيم أحق بنفسها » :

وجه الاستدلال

جعل الحديث المذكور « الأيم أحق بنفسها » للمرأة الحق فى امر زواجها ولم يمنع أن تباشر العقد بنفسها .

كما استدل الأحناف بما رواه أبو داود والنسائى : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر ، وصمتها إقرارها » .

وجه الاستدلال

جعل الحديث للثيب الحق فى أن تتصرف فى نفسها وحدها ، ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنـكاحها . والحديث بعمومه يتناول ما يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد . أما البـكر فنظراً لعدم إلفها الرجال ، وما يغلب عليها عادة من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضاء ، فضلا عن مباشرتهـا العقد فقد اكتفى الشارع منها ترخيصاً لها ، بأن تبدى ما يدل على رضاها بالزواج .

وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة . فالبـكر ما دامت عاقلة بالغة فهى كالثيب ، سواء بسواء فيما يختص بأمر النـكاح . وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته البلوغ والعقل . وقد ثبت لهـا الحق متى كانت كاملة الأهلية فى أن تباشر جميع حقوقها المالية ، فـكذلك عقد الزواج يكون الحق الـكامل فى أن تباشره بنفسها بل ذلك هو أولى لأنه عقد يتعلق بنفس المرأة والنفس أغلى من المال .

ولا يعدو أثر البـكارة المستلزمة للحياء من أن يفيد تـكريماً لها الاكتفاء

منها بما يفيد رضاها ويدل عليه سواء أكان كلاماً أو سكوتاً عن الكلام وقد أيدت ذلك ودلت عليه الروايات العديدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .
فلو أن بكراً فرض وأنها أرادت ألا تجرى على عادة الأبكار ولم يمنعها الحياء من أن تصرح برغبتها وأن تباشر حقها بنفسها ، فلا يكون هناك فرق بينها وبين الثيب فى ثبوت هذا الحق لها ، وجواز عقدها ، وصحته متى استوفى الشروط الشرعية الأخرى بلا فرق بين الثيب والبكر مطلقاً . اللهم إلا ما أراده الشارع بالنسبة للبكر من منعها من مجالسة الرجال ، مخافة أن تتهم بالتبذل وسوء الأدب . وهذا من الأدب الإسلامى الذى كرم به المرأة وأباح من أجله أن توكل فى شئونها من يباشرها فى مجالس الرجال .

فالترخيص للبكر بذلك لا يعنى إسقاط حقها فى مباشرة ما أبيح لها أن توكل فيه ، وأن تأذن للغير فى مباشرته .

وكيف يتصور العقل أن يسمح إنسان لآخر بعمل هو فى نفسه لا حق له فى عمله وإثباته ؟ ثم هذه الأحاديث الكثيرة المتعددة التى تدل على طلب استئذان البكر عند إرادة تزويجها ، ومنها أحاديث تفيد رد العقد الذى يعقد عليها وهى كارهة إذا تم بدون رضاها فمن هذه الأحاديث يتضح أن رضا البكر شرط فى صحة زواجها .

وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المقبول ، ولا من المعهود شرعاً أن يعتبر رضا شخص شرطاً فى صحة تصرف ثم يحكم ببطلان هذا التصرف إذا ما باشره الشخص بنفسه .

زواجه صلى الله عليه وسلم بأم سلمة

كذلك استدل الأحناف بما روى فى تزوجه صلى الله عليه وسلم أم سلمة فقد بعث إليها يخطبها فقالت : ليس أحد من أوليائى شاهداً فقال الرسول

صلوات الله وسلامه عليه : « ليس أحد من أوليائك ، شاهد ولا غائب يكره ذلك » .

وجه الاستدلال

موضع الدليل فى الحديث المذكور هو أن أم سلمة تزوجت الرسول صلى الله عليه وسلم دون حضور أحد من أوليائها كما هو قولها .

والقدر المذكور فى الحديث هو محل اتفاق الرواة فى زواج أم سلمة . أما الزيادات الأخرى التى منها قول أم سلمة لابنها : قم ياعمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهذه الزيادة محل شك ، لأن عمر بن أم سلمة وقت زواج الرسول صلى الله عليه وسلم بأم سلمة كان صغير السن ، ليس أهلا للتصرف . ولا يعترض ويقال إن ما حدث فى هذا الموضوع كان من خصوصيات رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس من قبيل التشريع العام إذ يجاب على ذلك ، بأن الأصل هو الاقتداء العام بقول الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله ، والخصوصية لابد لها من دليل ، ولا دليل هنا ، على أن هذا كان خاصاً به صلى الله عليه وسلم .

المعقول :

وقال الأحناف : إن الواضح أن عقد النكاح له مقاصد أوليه تختص بالمرأة لا يشاركها فيها الولى ، ومن هذه المقاصد حل الاستمتاع ووجوب النفقة ، والسكنى ، والميراث إلى غير ذلك من الحقوق التى تكتسب بعقد الزواج .

وهناك مقاصد وفوائد أخرى الأولياء فيها بعض الشأن ؛ كالمصاهرة التى يتوقف كما لها على أن يكون الزواج كفئاً ـ والأصل أن الذى يتولى العقد

صاحب المقاصد الأصلية فيه . ويكفى فى مراعاة ما للغير من مصالح وحقوق أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن العقد مظنة للفوائد التى ترجى من هذا العقد بالنسبة لغير صاحب الحقوق الأصلية .

فالمرأة إذا تولت العقد بنفسها تكون فى هـــذه الحالة قد تصرفت فى خالص حقهـا وهى من أهله لـكونها عاقلة مميزة . فصح عقدها إذا تولته بنفسها .

أدلة جمهور الفقهاء

استدل القائلون باشتراط الولى فى مباشرة عقد الزواج بالـكتاب والسنة والمعقول على التفصيل التالى .

الـكتاب

أما الـكتاب فمنه قوله تعالى : « وأنـكحوا الأيامى منـكم . والصالحين من عبادكم وإمائكم » وقوله تعالى : « ولاتنـكحوا المشركين حتى يؤمنوا » وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فلا تعضلوهن أن ينـكحن أزواجهن » .

وجه الاستدلال

الخطاب فى الآية الأولى والثـانية موجه إلى الأولياء فدل ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء وأما الآية الثالثة فالخطاب فيها أيضاً للأولياء حيث نهاهم عن منع من لهم عليهن ولاية من النساء أن يخترن من يردن من الأزواج ، وإنمـا يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع فدل ذلك على أن عقد النـكاح بيد الولى لا المرأة . ويؤيد ذلك ما ورد فى سبب نزول هذه الآية فقد روى أن معقل بن يسار قال : زوجت أختاً لى فطلقها زوجها حتى إذا

انقضت عدتها ، جاء يخطبها فقلت له : زوجتك وأفرشتك ، وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها ؟ لا والله لا نعود إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به وكانت تريد أن ترجع إليه فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه فأنزلت الآية: « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فقلت : الآن أفعل يا رسول الله . قال : « فزوجها إياه » قال جمهور الفقهاء : لو كان للمرأة حق تزويج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها فى زوجها .

وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب فى الآية للأزواج . خصوصاً وقد ورد عن ابن عباس ، وعائشة ، وطاووس ومجاهد وغيرهم فى تفسير : « الذى بيده عقدة النكاح » فى آية « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن » بأنه هو الولى .

السنة

ومن السنة استدل جمهور الفقهاء بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا نكاح إلا بولى » صححه ابن حبان والحاكم ، وذكر طرقاً وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم . . . عائشة ، وأم سلمة ، وزينب بنت جحش ، وغيرهن .

وجه الاستدلال بالحديث

الحديث صريح فى أنه لا يصح عقد الزواج الذى لا يعقده الولى أو من ينوب منابه كما استدل الجمهور أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ـ قالها ثلاثا ـ فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » رواه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها .

وجه الاستدلال بالحديث

موضع الدليل فى الحديث هو وصف النبى صلى الله عليه وسلم عقد المرأة الذى لم يباشره وليها ولم يأذن به بالبطلان فهذا يدل على أن مباشرة الولى للعقد شرط فى صحته .

كذلك استدل الجمهور بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تزوج المرأة المرأة، ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » رواه ابن ماجة والدارقطنى ، والبيهقى عن أبى هريرة رضى الله عنه .

وجه الاستدلال بالحديث

فى الحديث نهى صريح من النبى صلى الله عليه وسلم عن مباشرة المرأة عقد الزواج بنفسها لا لها ولا لغيرها فعقدها لنفسها أصيلة أو لغيرها وكيلة منهى عنه والنهى يقتضى تحريم المنهى عنه لفساده . وقد وصفت المرأة التى تباشر الزواج بنفسها بأنها زانية وهذا يوحى ببطلان عقدها .

المعقول

وقال جمهور الفقهاء : إن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر وخبرة المرأة محدودة ، وتجربتها قليلة . لذلك كانت فى غالب الأحيان تنحرف عن جانب المصلحة ، وتبعد عن الهدف الذى من أجله شرع الزواج . فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت المرأة من مباشرة العقد . ومن ثم كان إذن الولى ورضاه شرطاً فى صحة العقد . بحيث يلزم لصحة العقد أن يباشره بنفسه ، أو يوكل فيه غيره من الرجال .

رأى من قال بصحة العقد مع عدم نفاذه

أما الإمام محمد وهو من أئمة المذهب الحنفى فيرى أن إذن الولى للمرأة

العاقلة البالغة شرط فى نفاذ العقد لا فى صحته ـ فإن زوجت المرأة نفسها بدون وليها وقع العقد صحيحاً موقوفاً على إجازة الولى سواء فى ذلك البكر والثيب أخذاً من بمجموع الأحاديث الدالة على ضرورة إذن الولى ورضاه ـ ولذلك فالعقد بين المرأة ووليها متوقف على رضا كل منهما أو الولاية فى هذه الحالة ولاية شركة لا ولاية جبر واستبداد .

المحرمات من النساء

يشترط لصحة الزواج أن تكون المرأة المعقود عليها محلا للزواج ؛ بمعنى أنها تحل لمن يعقد عليها شرعاً أن يتزوجها فى الحال ؛ بأن لا تكون محرمة عليه لا تحريماً مؤبداً ، ولا مؤقتاً . ولتوضيح ذلك نقول :

المرأة بحسب طبيعتها ، وفطرتها ، ومن حيث إنها امرأة محل لعقد الزواج. ولكن بالنسبة لرجل معين قد تكون محلا له بمعنى أنه يحل له فى الحال أن يتزوجها ، وقد لا تكون المرأة بالنسبة لمن يريد الزواج محلا صالحاً لورود العقد عليها وذلك لأنها محرمة عليه تحريماً مؤبداً ، أو تحريماً مؤقتاً فحرمة المرأة على من يريد التزوج قد يكون سببها مؤبداً ، وقد يكون مؤقتاً . فأسباب تحريم النساء إما أسباب مؤبدة ، وإما مؤقتة وتبعاً لوجود السبب ونوعه كانت المحرمات من النساء منقسمات إلى الآتى :

١ ــ محرمات تحريماً مؤبداً . فلا تحل أية واحدة من هذا النوع فى أى وقت لمن حرمت عليه ؛ لأن سبب التحريم ملازم للمرأة غير قابل للزوال وتحت هذا القسم من النساء أنواع .

٢ ــ محرمات تحريماً مؤقتاً . بمعنى أنه لا تحل أية واحدة من هذا النوع من المحرمات لمن حرمت عليه ما دامت على الحالة التى وجد فيها سبب التحريم.

الوقتي . فإذا تغيرت تلك الحالة ، وزال سبب التحريم عن المرأة وهو سبب قابل للزوال في هذه الحالة فهو وصف طارىء على المرأة فإذا زال السبب المحرم حلت المرأة لمن حرمت عليه بسبب وجوده . وهذا القسم من المحرمات تحته أنواع .

ولبيان أنواع القسمين السابقين من المحرمات من النساء نقول :

النساء المحرمات تحريماً مؤبداً

أسباب التحريم على التأبيد ثلاثة وهي :

١ — القرابة النسبية .　　٢ — المصاهرة .　　٣ — الرضاع .

فمتى تحقق أي سبب من هذه الأسباب في امرأة صارت محرمة تحريماً مؤبداً على من تربطه رابطة القرابة ، أو المصاهرة ، أو الرضاع .

وتبعاً لأسباب التحريم المؤبد نجد أنواع هذا النوع من النساء المحرمات كما يلي :

١ — المحرمات بسبب القرابة .

٢ — المحرمات بسبب المصاهرة .

٣ — المحرمات بسبب الرضاع .

وتفصيل ما أجملناه فيما يلي :

المحرمات بسبب القرابة

تحديد معنى القرابة المحرمة :

يراد بالقرابة المحرمة القرابة القريبة التي يسمى صاحبها ذا رحم محرم وأنواع هذا الصنف من القرابة النسبية أربعة وهن .

١ — أصول الشخص . أى الأم والجدة مهما علت وسواء كانت الجدة لأم أو لأب.

٢ — فروع الشخص وهن بنات الشخص وبنات أولاده مهما نزلن . ويرى الأحناف أن بنت الرجل من الزنى حرام . وذهب الشافعى إلى أنها لا تحرم عليه فله أن يتزوجها .

٣ — فروع أبوى الشخص . أى الأخوات وبنات الأخوات ، وبنات الإخوة مهما نزلت درجتهن وسواء أكان الإخوة ، والأخوات لأبوين ، أو لأب أو لأم .

٤ — فروع أجداد الشخص وفروع جداته بشرط أن تنفصل الفروع بدرجة واحدة . وهن عمات الشخص ، وخالاته لأبوين ، أو لأب أو لأم ، وعمات أصله ، وخالاته كذلك.

دليل التحريم

استند الفقهاء فى تحريم الأنواع الأربعة السابق ذكرها من الأقارب إلى الكتاب فقد ورد فيه قوله جل وعلا : « حرمت عليكم أمهاتكم ، وبناتكم وأخواتكم ، وعماتكم ، وخالاتكم ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت »[1] .

وجه الاستدلال :

النوع الأول من المحرمات وهن أصول الشخص قد نصت الآية على تحريمهن فى قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » والجدة من قبيل الأمهات « إذ معنى كلمة أم » هو أصل ومن ذلك قوله تعالى : وعنده « أم الكتاب »

---

(١) الآية رقم ٢٣ من سورة النساء

أى أصل الكتاب وقوله صلى الله عليه وسلم : الخمر أم الخبائث ، أى أصلها فالنص يشمل تحريم الأمهات أى الأصول من النساء سواء أكن أمهات أصليات أم جدات (١) . على أن الآية قد ورد فيها تحريم العمات ، والخالات بعبارته ويدل بدلالته على تحريم الجدات لأن العمات والخالات بنات الجدات فإذا ثبت تحريمهن يثبت تحريم أمهن وهى الجدة ؛ لأنها أقوى قرابة من بناتها ومنعاً لقطع الصلة بين ذوى الرحم المحرم حرمت القرابة القريبة الزواج فحرمت العمات ، والخالات فتحريم من كانت أقوى وأقرب قرابة منهن وهى الجدة لأب أو لأم يكون من باب أولى . وقد انعقد الإجماع على تحريم الزواج بالجدات .

أما تحريم النوع الثانى من القريبات وهن فروع الشخص أى بناته وبنات أولاده مهما نزلن فثابت بالآية السابقة حيث قد ورد ضمن المحرمات بعبارة الآية « وبناتكم » والمراد بالبنت الفرع من النساء فكلمة البنت تطلق على كل فرع من النساء لغة فبنات الشخص وبنات أولاده محرمات عليه بعبارة النص على هذا التفسير لكلمة «بنت» أو يقال إن بنات الشخص محرمات عليه بعبارة النص وبنات أولاده محرمات بدلالة المحرم لبنات الأخ وبنات الأخت من باب أولى ـ على أن الإجماع قد انعقد على تحريم بنات الأولاد .

أما تحريم النوع الثالث وهو فروع أبوى الشخص أى تحريم الأخوات وبناتهن وبنات أخوته مهما نزلت درجتهن فالدليل على ذلك قوله تعالى : « وأخواتكم » ، وقوله تعالى « وبنات الأخ وبنات الأخت » .

أما دليل تحريم النوع الرابع وهم فروع الأجداد والجدات وهن العمات ،

---

(١) رجح الكمال بن الهمام القول بأن تحريم الجدات ثابت بعبارة نص قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » ، لأن المراد بالأم الأصل .

والخالات ، لأبوين ، أو لأب ، أو لأم وتحريم عمات أصل الشخص وخالاته فقوله تعالى : « وعماتكم ، وخالاتكم » فالنص عام يشمل من ذكرن .

حكمة تحريم هذه الأنواع من النساء

حرم الشارع التزوج بواحدة من الأصناف الأربعة السابق ذكرها وذلك حرصاً من الشارع الحكيم على تقوية صلة القرابة فالذين يريد أن تبقى العلاقات النسبية التي تربط الأقارب بعضهم ببعض بمنأى عما يعرضها للقطيعة ، والخصومة ، والمنازعة . وحرص الشريعة الإسلامية على تحريم الزواج بالأمهات وإن علون أو بالبنات وأولادهن وإن سفلن ومن كل ما هو أصل للشخص أو فرع له أو فرع لأحد أبويه ، أو جديه إنما هو تكميل لما أتت به الشرائع السماوية السابقة التي حرمت بوجه عام هذه الأنواع من النساء على من تربطه بهن قرابات وصلات خاصة من النسب كالأبوة ، والبنوة ، والأخوة . فإن نكاح واحدة من هذه الأنواع يفضى إلى قطع الرحم ؛ لأن النكاح لا يخلو من مباسطات تجرى بين الزوجين عادة ، وبسببها تجرى الخشونة بينهم أحياناً ، وذلك يفضى إلى قطع الرحم التي أمر الله بأن توصل . فكان النكاح سبباً لقطع الرحم مفضياً إليه . والمفضى إلى الحرام حرام .

واقتضت حكمة الشارع التفرقة بين القرابة البعيدة ، والقرابة القريبة ؛ لأن القرابة كلما بعدت درجتها ضعفت الرابطة ، وفترت العلاقة . ولذا كان التحريم بسبب القرابة في دائرة معينة محدودة حتى لا يقع الناس في الحرج ، والضيق لو أطلق تحريم الزواج بين الأقارب .

المحرمات بسبب المصاهرة

يحرم على الشخص بسبب المصاهرة أربعة أنواع من النساء نذكرها فيما يلي .

١ — زوجة أصل الشخص ، أى زوجة الأب ، والجد مهما بعدت درجته . وسواء كان الجد من جهة الأب أو من جهة الأم . وحرمة المصاهرة هنا فى هذا الصنف تثبت بمجرد العقد على المرأة عقداً صحيحاً . فإذا عقد الأب أو الجد على امرأة بعقد صحيح فبمجرد العقد عليها وإن لم يدخل بها حرمت على الفرع أى الابن ، وابن الابن ، وابن البنت مهما نزلت درجته تحريماً مؤبداً فلا يجوز له أن يتزوجها بعد مفارقة الأصل لها سواء كان الفراق بالموت أو بالطلاق — أما إذا كان أصل الشخص قد تزوج المرأة زواجاً فاسداً فإنها لا تحرم على الفرع إلا إذا دخل بها الأصل . ويكون تحريمها فى هذه الحالة بالدخول لا بنفس العقد الفاسد . إذ لا أثر لهذا العقد قبل الدخول بالمعقود عليها عقداً فاسداً . أما أصول زوجة الأصل وفروعها فغير محرمات على الفرع ؛ فللابن أن يتزوج بنت زوجة أبيه من غير أبيه . وكذا بأم زوجة أبيه .

٢ — زوجة فرع الشخص أى زوجة الابن ، وابن الابن وابن البنت مهما بعدت الدرجة سواء دخل الفرع بزوجته أو لم يدخل بها متى تم العقد صحيحاً . والمراد من الابن هو الفرع الذكر مباشرة أو بالواسطة . فيشمل الأبناء ، وأبناء الأولاد .

الابن المتبنى

زوجة الابن بالتبنى غير محرمة على أبيه الذى تبناه فقد أبطل الإسلام نظام التبنى الذى كان متبعاً وشائعاً بين العرب فى الجاهلية فكان الواحد منهم يتبنى ابن غيره المجهول النسب ، أو الثابت النسب من أبيه فيلحق بمن تبناه ، وينسب إليه دون أبيه من النسب . وظلت هذه العادة العربية الجاهلية معمولا بها فترة من الزمن صدر الإسلام . ثم نسخ التبنى ، وأبطل العمل به فقد نزل قوله

تعالى : « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل . ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله ، فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم »[١] فأزال هذا النص القرآنى الأحكام التى ترتب على التبنى . ومنها أن زوجة الشخص الذى ينسب ولداً إلى نفسه ويدعى بنوته غير حرام هذه الزوجة على الدعى إذا فارقها من ادعى بنوته بطلاق أو وفاة . كما لا تحرم زوجة الدعى على من تبناه إذا فارقها وانتهت الحياة الزوجية بينهما لسبب من أسباب انتهائها أو إنهائها .

وقد تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم زينب بنت جحش مطلقة زيد بن حارثة الذى كان النبى صلى الله عليه وسلم قد تبناه قال تعالى مبيناً هذه القصة التشريعية : « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم »[٢] .

٣ — أصول زوجة الشخص أى أم الزوجة وجدتها حرام على الزوج مهما بعدت درجة الأمومة وسواء كانت الجدة من جهة الأب أو الأم فأم أب الزوجة حرام ، وأم أم الزوجة حرام . والحرمة فى هذه الحالة تثبت بمجرد العقد على الزوجة دخل بها أو لم يدخل بها فالعقد على البنات يحرم الأمهات .

٤ — فروع زوجة الشخص المدخول بها فبنت الزوجة وبنات بناتها وبنات أبنائها حرام مهما نزلن . فإذا عقد رجل زواجه على امرأة ودخل بها حرمت عليه فروعها — أما إذا لم يدخل بها فلا تحرم عليه فروعها بمجرد

---

(١) الآية رقم ٤ ، ٥ من سورة الأحزاب .
(٢) الآية رقم ٣٧ من سورة الأحزاب .

العقد بل لابد من الدخول (الدخول بالأمهات يحرم البنات) فمن عقد على امرأة ودخل بها حرمت عليه بناتها وإن سفلن . وإذا طلقها قبل الدخول أو ماتت قبل الدخول فله أن يتزوج بنتها .

والحكمة فى تحريم هذا الصنف من النساء هو المحافظة على رابطة المصاهرة إذ رابطة المصاهرة كرابطة القرابة ففى الحديث الشريف « إن المصاهرة لحمة كلحمة النسب » فالرجل يتزوج من أسرة فيترابط بها ويصير كأحد أفرادها فحرصاً على هذه الرابطة ، ومنعاً لتفككها حرمت عليه أم زوجته بمجرد العقد على ابنتها وحرمت بنات زوجته بالعقد الصحيح والدخول ... وهكذا.

أدلة تحريم هذا النوع من النساء

استند الفقهاء فى التحريم بالمصاهرة إلى قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ، ومقتاً ، وساء سبيلا » وقوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم ، وبناتكم ، وأخواتكم ، وعماتكم ، وخالاتكم وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ، وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » .

١ — فقد بين الله فيها المحرمات بسبب القرابة النسبية فى قوله حرمت عليكم أمهاتكم ... إلخ

ثم عطف على هذا الصنف من المحرمات النساء المحرمات بسبب قرابة المصاهرة فقال : « وأمهات نسائكم ، وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن .. » إلخ أى كأنه قال حرمت عليكم أمهات نسائكم ...

كما حرمت زوجة الأب بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم

من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ، ومقتا ، وساء سبيلا » واكتفى سبحانه وتعالى بذكر الآباء ، لأن اسم الآباء يشمل الأجداد مهما بعدوا .

كما اكتفى فى قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » بذكر الأمهات ،لأن اسم الأمهات يتناول الجدات وأن بعدن . فدل قوله تعالى:«ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم من النساء » على تحريم زوجات الأصول من الذكور أب أوجد كما أن الإجماع أيضاً دل على تحريم زوجة الجد . وبهذا استدل على تحريم النوع الأول من المحرمات بالمصاهرة .

٢ — أما النوع الثانى من النساء المحرمات بسبب قرابة المصاهرة فقد استدل على التحريم بقوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم . . . » فالحلائل جميع حليلة وهى الزوجة . واسم الأبناء يطلق على الفروع الذكور مباشرة،أو بواسطة فيشمل الأبناء وأبناءهم — والقيد الوارد فى الآية يكون الابن من الصلب « الذين من أصلابكم » يخرج الأبناء بالتبنى فلا تحرم زوجاتهم على من تبنوهم . أما الابن من الرضاع فحليلته محرمة على أبيه من الرضاع .

٣ — واستدل على تحريم النوع الثالث من النساء المحرمات بسبب قرابة المصاهرة وهن : أصول زوجات الشخص أى أم الزوجة وجدتها مهما بعدت درجتها سواء كانت الجدة لأم أم لأب بقوله تعالى : وأمهات نسائكم » أى حرمت عليكم أمهات نسائكم ولم يقيد النص امهات الزوجات بالدخول بهن ومفاد ذلك أن العقد عليهن يحرم بناتهن .

٤ — ودل على تحريم النوع الرابع من المحرمات بسبب المصاهرة قوله تعالى : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ،فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » والربائب جمع ربيبة ؛ وهى بنت زوجة الرجل

من غيره والربيبة التى فى حجر زوج أمها أى فى رعايته وتربيته . وهذا القيد الوارد فى الآية بخصوص الربيبة « وربائبكم اللاتى فى حجوركم » هو قيد لبيان الغالب المتفشى بين الناس عادة وهو ان تكون بنت الزوجة مع أمها فى بيت زوج أمها . فالقيد هنا ليس شرطا فى التحريم بل هو قيد لبيان الواقع الغالب كالقيد الوارد فى قوله تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقكم وإياكم » فالقيد فى الآية الأخيرة لبيان سبب القتل فى الأعم الأغلب وهو أنه يكون خوفا من الفقر . فالربيبة محرمة على زوج أمها سواء كانت فى حجره أولا بشرط الدخول بأمها . وكذلك استدل على تحريم بنات الربيب بالنص المذكور « وربائبكم اللاتى فى حجوركم » فالربيب داخل ضمن من يشملهم اسم الربائب وقد أجمع المسلمون على تحريم بنات ولد الزوجة أى بنات ربيب الزوج .

بنت المرأة التى زنى بها الرجل

رأى الأحناف

اشترط النص القرآنى فى تحريم الربيبة أن يكون الزوج قد عقد على أمها ودخل بها . فلو عقد عليها عقداً فاسداً ودخل بها ، أو لم يعقد عليها لكن زفت إليه على انه امرأته التى عقد عليها ، أو وطئها بشبهة أنها حلال له فهل تحرم بنتها على هذا الرجل الذى وطئها بعقد فاسد او وطئها بشبهة أنها زوجة ، وأنها من الحليلات له ؟ أم لا تحرم عليه لأن الشرط أن يكون العقد عليها صحيحا . اختلف الفقهاء فى ذلك فيرى الأحناف وبعض الأئمة كسفيان الثورى ، والاوزاعى ، وأحمد وينسب هذا الرأى أيضاً لعمر بن الخطاب ، وابن مسعود ، وابن عباس ... ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى . فمن زنى بامرأة حرمت على

الزانى أصولها وفروعها كما حرمت المرأة المزنى بها على اصول الزانى وفروعه ـ ومثل الزنى . عند الأحناف فى ثبوت حرمة المصاهرة به مقدماته ودواعيه من تقبيل للمرأة بشهوة ، ولمسها ، ونظر بشهوة إلى فرجها . وذلك من باب الاحتياط فيقام السبب الداعى إلى الزنى مقام الزنى . فمن زنى بأم زوجته أو بنتها حرمت عليه زوجته تحريماً مؤبداً .

أدلة الأحناف

استدل الاحناف بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » .

وجه الاستدلال

يرى الاحناف أن النكاح إذا أطلق انصرف إلى معناه الحقيقى وهو الوطء وهو فى هذه الآية يراد منه الوطء على سبيل الاطلاق الحقيقى . أو على سبيل المجاز فيراد منه الوطء هنا فى هذه الآية بقرينة قوله تعالى : « إنه كان فاحشة ، ومقتا ، وساء سبيلا . » ؛ لأن الفاحشة الوطء لانفس العقد ،

فمناط التحريم هو الوطء سواء كان الوطء حلالا أو حراما ولا عبرة بحل الوطء فى التحريم بدليل أن الزوج إذا وطىء امرأته الحائض ، أو النفساء ، أو وطئها وهو صائم فى رمضان يثبت بهذا الوطء حرمة المصاهرة مع أنه وطء حرام لأنه منهى عنه . فيحرم على الزوج إن يتزوج بفرع زوجته .

فعلم بذلك أن العبرة والمناط فى التحريم هو وطء الزوجة من غير نظر إلى كونه حلالا أو حراما . (١)

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٢٨ — ١٢٩ ـ وأحكام القرآن ج ٣ ص ٣ ١

رأى الشافعية

ويرى الشافعية أن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهرة . فلا تحرم المزنى بها على أصول الزانى أو فروعه ، كما لا تحرم المزنية على أصـــول الزانى ولا على فروعه .

أدلة الشافعيه

استدل الشافعية على أن ماء الزنى لا حرمة له بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : سئل عن رجل زنى بامرأة ، فأراد أن يتزوج بنتها . فقال: لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان من نكاح » . وقال الشافعية : إن حرمة المصاهرة نعمة ؛ لأنها تلحق الأجانب بالأقارب . والنعمة لا تنال بمعصية . (١)

البنت من زنى

وتفريعا على ما تقدم يرى الاحناف حرمة بنت الزنى على أبيها الذى زنى بأمها لأنها بنته حقيقة ، وان لم ترثه ، ولا تجب عليه نفقتها . فالمخلوقه من مائه بنته حقيقة ولغة : فكما حرم الابن من الزنى على أمه تحرم بنت الزنى على أبيها الذى زنى بأمها وولدت من مائه . والمشهور فى المذهب المالكى القول

---

(٢) أجاب الأحناف عن الحديث الذى استدل به الشافعية بأنه حديث ضعيف لا يصح التمسك به فقد قال البخارى ، والنسائى ، وأبوداود فيه : « أنه ليس بشىء » فهو حديث مطعون عليه من أئمة الحديث . أما القول بأن نعمة المصاهرة لا تنال بأمر محظور وهو الزنا فهذا من قبيل المغالطة أو النعمة ليس التحريم فالتحريم تضييق بل النعمة هى نفس المصاهرة التى يترتب عليها التحريم فهى التى تجعل الأجنبى قريباً . ولا مصاهرة بالزنى ؛ فالصهر هو زوج البنت مثلا ، لا من زنى ببنت الشخص . على أن التحريم بالزنى بمثابة عقوبة فلا مانع من ترتبها على الزنى .

بمثل قول الأحناف وهذه هي الرواية المشهورة أيضاً عن أحمد واستدل لذلك بأن الآية حرمت البنات على آبائهن ولم تقيد البنوة بوصف : أما الشافعية فلا يرون تحريم البنت من الزنى على أبيها التي هي من مائه حقيقة ؛ لأن النص القرآني : حرمت عليكم أمهاتكم ، وبناتكم ، لاينطبق إلا على البنت الشرعية التي ثبت نسبها من أبيها ولحقتها أحكام البنوة من ميراث ، ونفقة على أبيها ، وثبوت ولايته عليها وغير ذلك من الأحكام ، وبنت الزنى ليست بهذه الصفة من الأحكام فهي أجنبية عن أبيها الزاني بها فحكمها حكم سائر الأجنبيات .

والراجح هو الرأي القائل بتحريم بنت الزنى على أبيها الذي ولدت من مائه لشمول النص المحرم لها . حيث وردت آية التحريم عامة لم تقيد فيها البنوة بوصف كون البنت بنتا من نكاح شرعي فتناول النص بنت النسب ، وبنت الزنى .

المحرمات بسبب الرضاع

معنى الرضاع لغة

الرضاع والرضاعة في اللغة مص اللبن من الثدي .

المعنى الإصطلاحي

وفي إصطلاح الفقهاء : الرضاع هو مص الرضيع اللبن من ثدي المرأة في مدة معينة .

مايحرم بالرضاع

وقد إتفق الفقهاء على أنه يحرم بالرضاع مايحرم بالنسب ومايحرم بالمصاهرة . فالشارع إعتبر المرضعة أما للرضيع كأمه من النسب فحرمها عليه

بنص القرآن الكريم « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » فكانت أم الزوجة رضاعا كأمها من النسب فى الحرمة ، وأصبحت بنت الزوجة رضاعا مثل بنتها نسبا فى الحرمة ، وزوج الأم المرضعة هو أب للرضيع رضاعا ، والرضيع ابن له . . . وهكذا كانت كل من تحرم بسبب القرابة أو المصاهرة تحرم بالرضاع . وبذلك كانت المحرمات بسبب الرضاع ثمانية أنواع من النساء نفصلها فيما يلى .

١ — الأم والجدة رضاعا من أية جهة كانت الجدة ومهما علت (أصول الشخص من الرضاع)

٢ — بنت الشخص من الرضاع وبنت بنته ، وبنت إبنه رضاعا مهما نزلت (فروع الشخص من الرضاع)

٣ — الأخوات رضاعا وبنات الأخوات والأخوة من الرضاع مهما نزلت سواء اتحد زمن الرضاعة أولم يتحد . فمن رضع من إمرأة صار أخا لأولادها رضاعا وإن إختلفت أوقات الرضاعة (فروع الأم رضاعا ، والأب رضاعا)

٤ — فروع الجد والجدة من الرضاع أى العمات والخالات رضاعا يشرط انفصالهن بدرجة واحدة .

٥ — أم الزوجة من الرضاع ، وجدتها من الرضاع مهما علت ومن أية جهة كانت الجدة (أصول الزوجة رضاعا) سواء دخل بزوجته أولم يدخل بها

٦ — بنت الزوجة من الرضاع ، وبنت بنتها ، وبنت إبنها رضاعا مهما نزلت إذا دخل بزوجته .

٧ — زوجة إبنه ، أو زوجة ابن إبنه من الرضاع وإن لم يدخل الابن بزوجته (زوجة أحد فروعه من الرضاع)

٨ — زوجة الأب أو الجد رضاعا وإن لم يدخل الأب أو الجد بزوجته (زوجه أحد أصوله من رضاع).

دليل التحريم بالرضاع

الأصل فى التحريم بالرضاع هو الكتاب، والسنة، والإجماع.

الكتاب

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: «وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة»

وجه الإستدلال

بين الله بهذا النص حرمة الأم رضاعا على من أرضعته، وحرمة الأخوات من الرضاعة فقد ذكرهما سبحانه وتعالى فى جملة المحرمات. قال الإمام فخر الدين الرازى فى تفسير هذه الآية مانصه: «إن الله تعالى سمى المرضعة (بالكسر) أما، والمرضعة (بالفتح) أختاً وقد نبه بذلك على أنه تعالى أجرى الرضاع مجرى النسب، وذلك: لأنه لما حرم بسببه (أى بسبب النسب) سبعا إثنتان منهما منتسبتان بطريق الولادة؛ وهما الأمهات، والبنات، وخمس منها بطريق الأخوة، وهن الأخوات والعمات، والخالات وبنات الأخ، وبنات الأخت. ثم إنه تعالى لما شرع بعد ذلك فى أحوال الرضاع ذكر من هذين القسمين صورة واحدة تنبيها بها على الباقى فذكر من قسم قرابة الولادة: الأمهات، ومن قسم قرابة الأخوة: الأخوات، ونبه بذكر هذين المثالين من هذين القسمين على أن الحال فى باب الرضاع كالحال فى باب النسب. ثم إنه عليه الصلاة والسلام أكد هذا البيان بصريح قوله: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» فصار صريح السنة مطابقا لمفهوم الآية وهذا بيان لطيف».

السنة

أما السنة فما روت عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الرضاعة تحرم ماتحرم الولادة » متفق عليه . بلفظ : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » رواه النسائي .

وكذلك ما روى عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بنت حمزة : « لاتحل لى ؛ يحرم من الرضاع مايحرم من النسب ، وهى ابنة أخى من الرضاعة » متفق عليه .

وجه الإستدلال

الحديث الأول المروى عن عائشة رضى الله تعالى عنها صريح فى إفادة التحريم بالرضاعة كالتحريم بقرابة النسب فالرضاعة ، والولادة سواء فى إفادة التحريم فما يحرم بالولادة يحرم بسبب الرضاعة . وتأكد هذا برواية الحديث بلفظ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » . أما مارواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بنت حمزة « لاتحل لى ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وهى ابنة أخى من الرضاعة » فهو توضيح جلى لقاعدة التحريم بالرضاعة .

حكمة التشريع فى التحريم بسبب الرضاع

الحكمة التشريعية التى نعرف بعضها من تشريع التحريم بالرضاع ، وجعله مساويا للتحريم بالقرابة النسبية ، وبقرابة المصاهرة . هى : تقوية الرابطة بين من كانت سببا فى حفظ الإنسان فى صغره بإرضاعه لبنها الذى كان سبب نموه وتكوين بنيته ، والتى أصبح قطعة منها فقد ساهمت بجزء كبير جداً فى حفظ الرضيع وصارت بمنزلة أمه التى حملته فى بطنها فمساواة التشريع

الإسلامى الأم رضاعا بالأم نسباً إنما هو لتكريم الأمهات والحث على العناية بالأطفال بعد ولادتهم إذ لا تكريم فوق اعتبار من تعتنى بالمولود فترضعه فترقى بهذا العمل الإنسانى إلى درجة الأمومة النسبية من حيث تحريمها على من من أرضعته وتحريم أصلها وفرعها عليه كأمه التى ولدته سواء بسواء لا تكريم فوق هذا التكريم . وهذا مما يحث النساء وأزواجهن على إرضاع الأطفال والعناية بهم .

لبن الفحل وأثره فى التحريم

معنى لبن الفحل :

المرأة إذا أرضعت طفلها فإنها تحرم عليه وتصير أما له ، وصاحب اللبن وهو زوجها يصير أبا له ، فإن كان الرضيع أنثى تحرم على صاحب اللبن لكونها بنتاً له . وإن كان ذكراً تحرم المرضعة عليه لكونه إبناً لها . وأولاد المرضعة من صاحب اللبن إخوة وأخوات المرضع لأب وأم ، وأولاد المرضعة من غير صاحب اللبن إخوة وأخوات له لأم وأولاد زوج المرضعة من غير المرضعة إخوة وأخوات له لأب ، وكذلك الحكم فى أولاد الأولاد من الجانبين ، فمن كانت له زوجتان ، فأرضعت إحداهما طفلا ، والأخرى طفلة أصبح الرضيعين أخوين من الرضاع ، لأن زوج المرضعة أب لهما من الرضاعة فلا يحل لأحدهما أن يتزوج الاخر . لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » .

وموضع الدليل فى الحديث : إن ما يحرم بسبب النسب يحرم بسبب الرضاع فالبنت نسباً لا تحل لأبيها فكذلك البنت رضاعاً .

كذلك روى عن عائشة رضى الله عنها أن أفلح أخا أبى القعيس استأذن

عليها بعد أن نزل الحجاب فلم تأذن له حتى تستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك معتقدة أنه أجنبي عنها بحجة أنه لم يرضعها وإنما التى أرضعتها امرأة أبى القعيس ، فلما أخبرت الرسول صلوات الله عليه وسلم بذلك وقالت له : يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعنى ، لكن أرضعتنى امرأته فقال صلى الله عليه وسلم : « أئذنى له فإنه عمك » :

وجه الاستدلال بالحديث :

وموضع الاستدلال فى الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخبرها بأن الأب رضاعاً ابنه محرم كابن زوجته التى أرضعت ، لأنه سبب فى إدرار لبنها فكما يصبح أخ المرضعة أخاً للرضيع والمرضعة أمها له يصبح زوج المرضعة أباً للرضيع وأخوه عما له .

ما تقدم هو رأى جمهور العلماء . وهناك رأى ضعيف يقول بأن الحرمة لا تثبت من الزوج للرضاع ، لأن علة التحريم بالرضاع أن لبن المرضعة هو أن الرضيع تغذى بجزء من المرضعة وهو لبنها فأورث ذلك شبهة البعضية حيث أصبح الرضيع كجزء من أرضعته وقطعة منها . وهذا المعنى غير موجود بين الرضيع وبين من أرضعته وكون الزوج سبباً فى إدرار لبن الرضعة هو سبب بعيد فانتفى سبب البعضية بين الرضيع وزوج من أرضعته .

شروط التحريم بالرضاع

يشترط للتحريم بالرضاع عند الأحناف ما يأتى :

١ — أن يكون الرضاع فى حال الصغر (أى فى مدة الرضاع التى ستذكر بعد) .

٢ — أن يكون الرضاع من لبن امرأة .

٣ — أن يتحقق من وصول اللبن إلى جوف الرضيع بطريق الفم ، أو الأنف .

ولم يشترط الأحناف للتحريم بالإرضاع مقدارا معينا من اللبن ، فقليل اللبن وكثيره سواء فى ثبوت الحرمة بالرضاعة متى تحققت الشروط التى ذكرناها سابقاً . ولا فرق بين كون الإرضاع مشبعاً أو غير مشبع لأن النص المحرم يقيد ذلك « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم ، وأخواتكم من الرضاعة » . فالنص أفاد ثبوت الحرمة بالرضاع دون تقيد بمقدار معين ولا بعدد معين ، ولا بكون الرضاعة مشبعة أو غير مشبعة . فتى وجد سبب التحريم وهو الإرضاع بمعنى (وصول اللبن إلى جوف الرضيع فى مدة الطفولة) تعلق به التحريم . وبهذا قال المالكية أيضاً كما نقل هذا فى رواية عن أحمد .

رأى آخر :

واشترط الشافعية والحنابلة فى الرأى الظاهر عندهم والظاهرية لثبوت التحريم بالرضاع أن يكون الإرضاع قد تم بخمس رضعات مشبعات فى خمسة أوقات متفرقات وما دون ذلك لا يتعلق به التحريم . وحجتهم فى ذلك ما روى عن عائشة رضى الله عنها « كان فيما أنزل الله فى القرآن : عشر رضعات معلومات يحرمن ، فنسخن بخمس معلومات ، فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ من القرآن) أى يتلى حكمهن أو يقرأهن من لم يبلغه النسخ لقربه .

وجه الاستدلال :

أخبرت عائشة رضى الله عنها بأن التحريم كان بعشر رضعات معلومات ، ثم نسخ هذا التحديد ، فى العدد حيث أصبح التحريم برضاع الصغير خمس رضعات بدلا من عشر رضعات فدل ذلك على ثبوت التحريم بالخمس لا بما دونها ، إذ لو وقع التحريم بأقل من خمس رضعات لبطل أن يكون ناسخا ،

وصار منسوخا كالعشر ... وقال الشافعية ومن معهم : إنه لا يعترض علينا بأن القرآن لا يثبت بخبر الواحد والحديث خبر آحاد فلا يحتج به لأننا نجيب عن ذلك بأن خبر الواحد لا يثبت به القرآن لكنه هنا وإن ثبت ما ذكرناه قرآناً لكن أثبت حكمه والعمل به فالقراءة الشاذة منزلة منزلة الخبر .

رأى ثالث :

ويرى الشيعة الإمامية أنه يشترط في الرضاع المثبت للحرمة : أن يكون الإرضاع منبتاً للحم أو منشزاً للعظم والمرجع في ذلك هو قول أهل الخبرة أو يتم يوماً وليلة بحيث ترضع المرأة الصغير كلما طلب الإرضاع واحتاج إليه أو ترضعه خمس عشرة رضعة تامة متوالية من امرأة واحدة من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما برضعة .

وفي المذهب الامامى رأى يقول بالاكتفاء في التحريم بالارضاع عشر رضعات .

مدة الطفولة واختلاف الفقهاء في تحديدها

مدة الطفولة التي إذا حصل الرضاع فيها ولو بعد الفطام تعلق به التحريم ، وإن حصل الرضاع بعدها ولو قبل الفطام لم يثبت به التحريم اختلف فقهاء الأحناف في تحديدها على التفصيل الآتي :

رأى أبي حنيفة :

حدد أبو حنيفة مدة الرضاع بثلاثين شهرا تبدأ من ولادة الرضيع فإذا حصل الإرضاع بعد هذه المدة لم يتعلق به تحريم .

الدليل :

استدل أبو حنيفة لرأيه بقوله تعالى : « حملته أمه كرهاً ، ووضعته كرها ، وحمله وفصاله ثلاثون شهراً (١) .

وجه الاستدلال .

ذكر الله سبحانه وتعالى فى الآية شيئين هما . الحمل والفصال . وضرب لهما مدة هى : ثلاثون شهرا فكانت هذه المدة مقررة لكل من الأمرين المذكورين على التمام — فمدة الفصال ثلاثون شهراً نظير قولك وأنت دائن لرجلين: أجلت الدين الذى على فلان والدين الذى على فلان سنة فتكون السنة المضروبة بكمالها أجلا لكل واحد من المدينين لفلان سنة ولفلان سنة . وكما إذا باع إنسان لإنسان شيئاً ، واجره شيئاً صفقة واحدة إلى مدة معلومة ، فتكون المدة أجلا لكل واحد منهما . فعلم أن الآية تقضى أن يكون الثلاثون شهراً أجلا لكل واحد من الحمل والفصال . ولكن علم بالدليل أن مدة الحمل لا تقل عن ثلاثين شهراً ، فقد روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : « الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل » وفى رواية : « ولو بقدر ظل مغزل » ومثل هذا القول عن عائشة لا يقال إلا سماعاً ؛ لأن المقدرات لا يهتدى إليها العقل . كذلك روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين » . ولم يقم دليل على أن مدة الفصال أقل من المحدد لها فى الآية وهى ثلاثون شهرا ، فبقيت مدة الفصال كاملة . ولا يعترض على هذا الاستدلال بأنه يلزم منه تغيير ما ثبت بالنص القرآنى بالحديث اذا اعتبرنا أن نقص مدة الحمل رواية : « الولد لا يبقى فى بطن أمه أكثر من سنتين » وتغيير الكتاب بالحديث لا يجوز ، إذ يجاب عن عن ذلك : بأن الكتاب ما ورد فيه من مدة مضروبة للحمل ، والفصال مؤول

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة .

فإن عامة أهل التفسير جعلوا الأجل المضروب للمدينين متوزعا عليهما . فلم يكن الكتاب قطعيا فى أن المدة لكل من الحمل والفصال على حده . ويؤيد ذلك ماروى : إن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر ، فجيء بها إلى عثمان ، فشاور فى رجمها فقال ابن عباس : إن خاصمتكم بكتاب الله خصمتكم قالوا : كيف ؟ قال : إن الله تعالى يقول . « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » وقال . « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فحمله ستة أشهر وفصاله حولان فتركها . ومتى ثبت أن دلالة الاية ليست قطعية فى إثبات المدة لكل من الحمل ، والفصال فلم يلزم التغيير ، وإنما يلزم إثبات مسألة فرعية بآية مؤولة ولا تعدى فى هذا .

وأما قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فهذا النص أبان المدة التى تستحق فيها المرضعة — إذا كانت أما — أجرا لإرضاعها ولدها ممن بت طلاقها(١) — وبعد انتهاء العامين إذا ظلت ترضع ولدها لا تستحق قبل مطلقها أجرة إرضاع ، وهذا لا ينفى ، ولا يمنع ثبوت التحريم بالرضاع الذى يوجد بعد السنتين إلى ثلاثين شهرا من وقت الولادة عملا بقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهرا » إذ ليس فى النهى السابق ما يفيد انتهاء مدة الرضاع بانتهاء الحولين .

المعقـول :

كما استدل أبو حنيفة بالمعقول فقال : إن التحريم مما يحتاط له ، إذ هو

---

(١) ويرجح هذا الفهم للاية أنه ورد فيها قوله تعالى : « فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما » فلو كان الإرضاع بعد السنتين حراما لما ألحق به ، لأنه لا أثر للرضاع فى إزالة المحرم شرعا .

ثابت بوجود الارضاع ، فلا يزول إلا بيقين مثله . على أنه لا بد من تغيير الغذاء لينقطع إنبات اللحم ، وإنشاز العظم باللبن . ويحصل تغير إبقاء لحياة الصغير . فلابد من زيادة مدة على السنتين يتعود فيها الطفل التغذى بغير اللبن ، لأن القطع عن اللبن دفعة من غير أن يتعود غيره مهلك . وقدر أبو حنيفة هذه المدة اللازمة لتعود الصغير الانقطاع عن اللبن إلى غيره من الطعام والشراب بستة أشهر زائدة على السنتين ليتدرج الطفل من اعتماده على اللبن إلى تعود الطعـام .

رأى جمهور الفقهاء .

يرى جمهور الفقهاء أن مدة الطفولة التى يكون فيها الارضاع محرم سنتان —واستدلوا لذلك بقوله تعالى . « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وقوله تعالى . « وفصاله فى عامين » .

وجه الاستدلال :

جعل الله تعالى تمام الرضاعة بالحولين ولا مزيد على التمام فدل ذلك على أنه لا حكم للرضاعة بعد تمام الحولين .

السنـة

ومن السنة : ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها ، وعندها رجل ، فتغير وجه النبى صلى الله عليه وسلم ،

---

(١) كذلك يرى الصاحبان أبو يوسف ومحمد وهما من كبار أئمة المذهب الحنفى رأى جمهور الفقهاء : إن مدة الرضاع مقدرة بحولين كاملين من وقت الولادة - ويرى زفر وهو من فقهاء الأحناف أيضا أنها ثلاث سنوات .

فقالت يا رسول الله : إنه أخى من الرضاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « انظرن من أخواتكن ، فإنما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه ، وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » حديث صحيح .

وجه الاستدلال

أرشدت السنة إلى أن الرضاع لابد وأن يكون منبتاً للحم ، مقوياً للعظم ، وأن يكون مشبعاً للرضيع « إنما الرضاعة من المجاعة » وبعد العامين لا يكون لبن المرضعة مفيداً فائدة ينبت بها اللحم ، ويقوى بها العظم .

وقد حدد الرسول صلى الله عليه وسلم مدة الرضاعة بحولين بقوله : « لا رضاع إلا ما كان فى الحولين » .

اختلاط لبن المرضعة

إذا اختلط لبن المرضعة بغيره من السوائل ؛ كالماء ، والدواء فالعبرة بالغالب . فإن كان اللبن غالباً يتعلق به التحريم ، وإن كان مغلوباً لم يتعلق به التحريم ؛ لأن المغلوب غير موجود حكما . وفسر محمد رضى الله عنه الغلبة ، بأن لا يغير الدواء اللبن فإن غيره لا تثبت الحرمة . وفسر أبو يوسف غلبة اللبن بأن يتغير لون اللبن فقط ، أو طعمه فقط ، أولا يتغير واحد منهما ، بل يبقى اللبن على لونه وطعمه . فإن تغير اللون والطعم فلا حرمة تثبت بشربه ؛ لأن الإرضاع به لا يكون إرضاعاً ؛ لأن المغلوب غير موجود حكما ، حتى لا يظهر فى مقابلة الغالب . واللبن فى هذه الحالة لا يكون منبتاً للحم مقوياً للعظم لذهاب قوته ، ولا عبرة بالمظنة عند تحقق الخلو عن المئنة .

وإذا اختلط لبن المرضعة بطعام فإن مسته النار وطبخ فلا تحريم مطلقاً عند جميع أئمة المذهب الحنفي ، وأما إذا لم تمسه النار فلا يتعلق به التحريم سواء كان اللبن غالباً أو مغلوبا . وقال الصاحبان إن كان اللبن غالباً تعلق به التحريم ؛ لأن العبرة للغالب كما إذا اختلط باللبن مائع كالماء ، والدواء ولم يغيره شيء عن حاله .

٣ - وإذا اختلط لبن المرضعة بلبن امرأة أخرى فيرى أبو يوسف أنه يتعلق التحريم باللبن الغالب لأية واحدة منهما ؛ لأن الكل صار شيئاً واحداً ، فيجعل الأقل تابعا للأكثر فى بناء الحكم عليه .

ويرى محمد وزفر أنه يتعلق التحريم بهما ؛ لأن الجنس لا يغلب الجنس فإن الشيء لا يصير مستهلكا فى جنسه لاتحاد المقصود .

وعن أبى حنيفة روايتان ، رواية تفيد قوله كقول أبى يوسف . ورواية كقول محمد . وإذا تساوى لبن المرضعة مع لبن المرأة الأخرى فى المقدار تعلق التحريم بهما .

ما يثبت به الرضاع

يثبت الرضاع بما تثبت به الحقوق المالية وهى : البينة والإقرار . فأما البينة فهى شهادة رجلين عدلين ، أو رجل وامرأتين عدول . ولا يثبت الرضاع بشهادة النساء وحدهن عند الأحناف ؛ لأن ثبوت الحرمة بالرضاع يبطل ملك النكاح ، وإبطال الملك لا يثبت بشهادتين . ويرى المالكية أنه يكفى فى ثبوت الرضاع شهادة امرأة معروفة بالعدالة . وأجاز الشافعية إثبات الرضاع بشهادة امرأتين ، لأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال إذ لا يحل

للرجال النظر إلى ثدى الأجنبية عنهم فاستثنيت شهادة المرأة على الرضاع للضرورة .

ويثبت الرضاع بإقرار الرجل فإذا أقر لامرأة بأنها أخته ، أو ابنته من الرضاع وأصر على إقراره صارت أختاً له من الرضاع ، أو بنتاً له من الرضاع وتحرم عليه حرمة الأخوات ، والبنات فإذا كان الإقرار من زوج لزوجته وكان قبل الدخول فإن صدقته المرأة فى إقراره فرق بينهما ولا شىء لها ـ أما إذا كان الإقرار بعد الدخول فلها كل المهر لتأكده بالدخول . ولا تجب لها نفقة العدة . أما إن كذبته المرأة فى إقراره فلها نصف المهر قبل الدخول ، ولهـا كل المهر بعد الدخول وتجب لها نفقة العدة ؛ لأن إقراره قاصر عليه ولا يتعدى غيره فلا يسرى عليها فيما هو من حقها ما لم تصدقه فى إقراره . وإذا لم يصر الزوج على إقراره بوجود قرابة رضاع بينه وبين زوجته ؛ بأن قال : اخطأت ورجع عما أقر به . قبل قولهولا يفرق بينه وبين زوجته . لاحتمال صدقه فيما يدعيه لأنه يجوز أنه قد تبين له كذب من أخبره بالرضاع فرجع لذلك عن إقراره به .

ولا عبرة بإقرار الزوجة بوجود رضاع بينها وبين زوجها لأنها متهمة فى هذا الإقرار إلا إذا صدقها الزوج فيما أقرت به حيث يعامل بإقراره .

مسائل لا تؤثر فيها قرابة الرضاع وتؤثر قرابة النسب

استثنى الحنفية من التحريم بالرضاع مسـألتين خالف فيهما الرضاع النسب وهما :

الأولى : أنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أخت ابنه من النسب ، ويجوز

أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع ؛ لأن أخت ابنه من النسب بنت امرأته الموطوءة ، وبنت موطوأته حرام عليه . وهذا لا يوجد فى الرضاع .

الثانية : إنه لا يجوز أن يتزوج الرجل أم أخته من النسب ، ويجوز أن يتزوج أم أخته من الرضاع ؛ لأن أم أخته من النسب موطوأة أبيه ، وحليلة الأب حرام على الابن وهذا لا يوجد فى الرضاع . وذكر المالكية صوراً ستا تحل رضاعا ولا تحل نسبا منها الصورتان المذكورتان سابقاً والأربع التالية هى :

٣ — من أرضعت حفيدك (ولد ولدك) تحل لك ، ولو كانت أم نسب حرمت عليك ، لأنها بنتك أو موطوأة ابنك .

٤ — أم العم والعمة رضاعا ، فهى نسباً أم جدتك لأبيك ، أو حليلة جدك ، وكلتاهما حرام عليك .

٥ — أم الخال والخالة فهى نسباً أم جدتك لأمك ، أو زوجة جدك ، وكلتاهما حرام عليك . ولو أرضعت امرأة خالك أو خالتك لم تحرم هذه المرضعة عليك .

٦ — أم مرضعة ولدك تحل لك ، وكذلك تحل لك بنتها ، ولو كانت مرضعة ابنك أمه نسباً لكانت أمها لا تحل لك ، لأنها أم موطوأتك .

٢ — المحرمات من النساء تحريماً مؤقتا

المحرمات من النساء مؤقتاً أنواع نجملها فيما يلى : —

١ — المرأة المتزوجة بعقد صحيح ومن هى فى حكم المتزوجة بعقد صحيح وهى معتدة الغير من وفاة ، أو طلاق أو دخول فى زواج فاسد ، أو دخول بشبهة .

الدليل :

استدل على تحريم الزواج بمن تعلق بها حق للغير بسبب زواج صحيح لا يزال قائماً ، أو بسبب عدة من وفاة أو طلاق ، وكذلك ما الحق بالمعتدة من طلاق وهى المعتدة عدة الدخول فى الزواج الفاسد ، وعدة الدخول بشبهة استدل الفقهاء على التحريم بالكتاب فقد ورد قوله تعالى :«والمحصنات من النساء » فى سياق بيان المحرمات من النساء وقد اتفق العلماء على أن المراد بالمحصنات فى هذه الآية هن ذوات الأزواج فيكون المعنى حينئذ : حرمت عليكم أمهاتكم ، وأخواتكم ، وعماتكم .... وحرمت عليكم النساء المتزوجات مؤمنات أو غير مؤمنات فدل ذلك النص بعبارته على تحريم الزواج بزوجة الغير ومن هى فى حكم الزوجة يشملها هذا النص المحرم وهن النساء المعتدات سواء كانت عدتهن عدة وفاة ، أو عدة طلاق .

والدليل على أن المعتدة هى فى حكم الزوجة قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثه قروء » ومعنى الأمر هنا الأمر بالانتظار بعد الفرقة بحيث لا يباح للمرأة المتربصة ، من طلاق أن تنتظر مدة ثلاثة قروء ولا يحل لها أن تتزوج بغير مطلقها ـ ومفاد ذلك أن المرأة حالة انتظارها واعتدادها هى بمثابة الزوجة لا يحل لأحد التزوج بها حتى ينتهى انتظارها واعتدادها فتصبح بعد ذلك محلا للزواج .

وورد قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » وقوله تعالى : « وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن » ـ والآيتان المذكورتان تدلان على أن عدة المتوفى عنها زوجها هى أربعة أشهر وعدة الحامل هى وضع حملها سواء كانت الحامل تعتد من وفاة أو طلاق .

كذلك ورد قوله تعالى : « ولا تعزموا عقد النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » ـ وهذه الآية صريحة فى النهى عن زواج المعتدة من وفاة حتى تنتهى عدتها ويلحق بهذه المعتدة فى الحكم المذكور المعتدة من طلاق إذ لا فرق بين معتدة من وفاة وبين معتدة من فرقة . ويلحق بالمعتدات من طلاق المعتدات عدة الدخول فى زواج فاسد أو بشبهة .

حكمة التشريع :

ذكر الفقهاء بياناً لحكمة الشارع من منع زواج المتزوجة ومن هى فى حكمها وهى المرأة المعتدة من وفاة أو طلاق وما الحق به فقالوا :

إن المعتدة التى لاتزال فى عدتها هى بمثابة زوجة لمطلقها له عليها حقوق ، وعليه لها واجبات فمن حقوقه عليها الطاعة ، وعدم الخروج من منزل العدة وله حق التمتع بها إن كانت معتدة من طلاق رجعى وعليه أن ينفق عليها وبالنسبة للمعتدة من وفاة لزوجها المتوفى عليهاحقوق له هى أن ترعى حق الزوجية التى انتهت بالوفاة وأن تظهر حزنها على هذه الحياة التى انتهت بوفاة زوجها وأن تشارك أسرته أحزانها بوفاته (١) ـ فإذا ما أبيح للزوجة المعتدة من وفاة أو طلاق وما الحق به أن تتزوج وهى فى العدة . أو أبيح للمرأة المتزوجة أن تتزوج وهى متزوجة لكننا بذلك قد قضينا على أهم عامل فى استقرار الحياة الاجتماعية بين البشر فالزواج من زوجة الغير أو معتدته

---

(١) قال الأحناف على المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد واستدلوا لذلك بقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » .

والمبتوتة هى التى بت طلاقها وهى المختلعة ، والمطلقة ثلاثا ، وواحدة بائنة ـ كما ورد أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة عن الحناء وقال : الحناء طيب » :

عامل هام فى نشر العداوة والبغضاء وإثارة القلاقل بين النـاس . وما كان الإسلام إلا دين السلم والسلام والحرص على أن تسود المحبة بين الجميع . فنعاً لأسباب الشقاق والعداوة بين الناس حرم الله الزواج من زوجة الغير ، أو معتدته سواء كانت العدة عن وفاة أو طلاق أو بسبب الدخول الناشىء عن عقد فاسد ، ووطء بشبهة .

زواج معتدة الغير فاسد :

إذا تزوج شخص امرأة معتدة للغير فالزواج فاسد ويحرم عليه أن يدخل بها . فإذا دخل بها فيرى الأحناف والشافعية وجوب التفريق بينهما ثم تعتد من الأول ثم للزوج الثانى إن أراد أن يتزوجها أن يعقد عليها عقداً جديداً .

وذهب المـالكية إلى أنه يفرق بينهما ، ولا تحل للثانى أبدا فمن استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه وروى أن عمر بن الخطاب لمـا بلغه أن امرأة تزوجها رجل وهى لاتزال فى العدة أرسل إليهما وعاقبهما ، وقال : لاينـكحها أبداً . وجعل لها الصداق فى بيت المال (١) .

---

(١) روى أن عمر رجع إلى رأى على فى هذه المسألة فقد نقل أنه بعد أن قضى عمر بجعل صداق هذه المرأة فى بيت المال وتحريمها أبدا على الرجل الذى تزوجها وهى فى عدة آخر : وبعد أن بلغ على ذلك الذى قضى به عمر فقال : رحم الله أمير المؤمنين ، ما بال الصداق وبيت المال ؟ فهما جهلا ! فينبغى للإمام أن يردهما إلى السنة . فقيل فما تقول أنت فيهما ؟ قال : لهـا الصداق بما استحل من فرجها ، ويفرق بينهما ولا جلد عليهما ، وتكمل عدتها من الأول ، ثم تـكمل العدة من الآخر ثم يكون خاطباً . فلما بلغ ذلك عمر قال : يا أيها الناس ردوا الجهالات إلى السنة . وبذلك يكون عمر رضى الله عنه قد رجع إلى رأى على رضى الله عنه .

الزواج من الزانية

الزواج بالزانية يشمل الصور الآتية :

١ ـ إما أن يتزوجها من زنى بها وقبل أن يظهر بها حبل من الزنى .

٢ ـ أن يتزوج الزانية من زنى بها وهى حامل منه بالزنى .

٣ ـ أن يتزوج الزانية رجل لم يزن بها وهى حامل من الزنى .

٤ ـ أن يتزوج الزانية غير من زنى بها ولم يكن بها حمل .

رأى الفقهاء فى الصور السابقة :

الصحيح أن الزانية لها أن تتزوج بمن تشاء سواء بمن زنى بها أو بأى رجل آخر فالزنى لا يحرم الزوجة على زوجها ولا يوجب الفرقة بينهما(٢) .

واتفق الفقهاء على أن للزانى أن يتزوج بمن زنى بها سواء ظهر بها حبل نتيجة زناه بها أم لا وله الحق فى الدخول عليها بعد العقد مباشرة .

أما إذا تزوج بالزانية غير من زنى بها فإن لم يظهر بها حمل فالعقد عليها جائز وله الدخول عليها بعد العقد مباشرة عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : إنه يكره الدخول بها مالم يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت من الزنى .

وإذا تزوج بالزانية غير من زنى بها وبها حبل ظاهر فالعقد جائز عند الأحناف والشافعية ، ولكن لا يجوز للزوج أن يدخل بها حتى تضع حتى لا يسقى بمائه زرع غيره . ويرى المالكية والحنابلة وأبو يوسف وزفر من أئمة المذهب الحنفى عدم جواز العقد فى هذه الحالة احتراما لحملها الذى لا جناية

(٢) هناك رأى لبعض العلماء يقول : إن الزنى يوجب فسخ عقد الزواج وأن الزانية لا يجوز التزوج بها .

منه ؛ ولأن العقد لأجل الاستمتاع ، والاستمتاع بالزانية الحامل ممنوع لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماؤه زرع غيره » يعنى أنه يمنع الدخول بالمرأة الحامل ووطؤها . والعقد وسيلة إلى الوطء والوسيلة إلى المحرم محرم فالوسائل تأخذ حكم المقاصد .

٢ ـ المطلقة طلقة مكملة للثلاث :

النوع الثانى من المحرمات تحريماً مؤقتاً هي المرأة المطلقة طلقة مكملة للثلاث وهذا التحريم هو بالنسبة لمطلقها فمن طلق امرأته ثلاثا ، متفرقات ، أو بلفظ واحد حرمت عليه ولا تحل له حتى تنكح رجلا غيره تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها . لقوله تعالى : «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره ».

وجه الاستدلال

دل النص على أن للزوج أن يراجع مطلقته بعد الطلاق مرة ، أو مرتين . وأنه بعد الطلقة الثالثة لا يجوز للمطلق أن يعيد مطلقته إلى عصمته إلا بعد إنتهاء عدتها منه ، وزواجها من آخر وفراق الزوج الثانى لها بطلاق أو غيره ، وإنتهاء عدتها منه .

لا بد من دخول الزوج الثانى بالزوجة :

دلت الأحاديث النبوية على أن الزوج الأول لا تحل له مطلقته ثلاثا إلا بعد زواجها بزوج ثان وأن يدخل بها هذا الزوج الثانى ، فقد روى البخارى ومسلم عن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أنها قالت جاءت امرأة رفاعة القرظى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : « إنى كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وما معه إلا مثل

هدبة الثوب ! فتبسم النبي صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ، ويذوق عسيلتك » .

وجه الاستدلال

اتهمت الصحابية زوجها الثاني بعدم قدرته على جماعها فقد شبهت ذكره في الإسترخاء وعدم الإنتشار عند الإفضاء بهدبة الثوب ـ والهدبة مفرد وجمعها أهداب . وهي في الأصل أشفار العينين . وهدبة الثوب خمله وطرفه ـ وقد استفسر منها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مقصدها ـ هل تريد العودة إلى زوجها الأول بعد أن يطلقها زوجها الثاني قبل أن يدخل عليها ، وكان الاستفهام هنا إنكارياً ـ فقد رد عليها هذا القصد وأبان لها أن حلها للأول مرهون بدخول الثاني بها دخولا حقيقياً تذوق فيه عسيلته ويذوق هو عسيلتها(١) .

والواقع أن مقصد الشارع من اشتراط حل المطلقة ثلاثا لمطلقها أن تتزوج بزوج آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً هو معاقبة الزوج الأول لإسرافه في حق إستودعه الله إياه وهو « حق الطلاق » وأنه كان عليه أن يبذل جهده في الإبقاء على زوجته فإذا طلقها مرة وراجعها كان عليه أن يستشعر مرارة الفراق . فإذا طلقها ثانية ثم ثالثة تبين أنه مفرط في زوجته غير مقدر لنعمة الزواج فأراد الشارع أن يعاقبه نفسياً بأن يجعل حل عودة الحياة الزوجية بينه وبين من طلقها ثلاثا مرهون بعقبات هي افتراش رجل آخر لهذه المرأة ثم فراق لها بموت أو طلاق . وبذلك يكون الرجل قد استذل نفسياً . والمرأة

(١) نسب إلى سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير رضي الله عنهما وهما من التابعين أنهما قالا بعدم اشتراط حل المطلقة ثلاثا لمطلقها الأول بدخول الزوج الثاني دخولا حقيقياً بل يكفي للحل أن يتزوجها الثاني ويطلقها فتحل للأول ولو لم يدخل بها الزوج الثاني .

تكون بذلك أيضاً قد استذلت بأن أصبح حلها لزوجها الأول مرهون بمعاشرة غيره معاشرة شرعية ، حتى تعرف ألوان الرجال فتحاول ما استطاعت عدم إثارة زوجها والإقلال من المنازعة والمضارة له إذا ما عادت بينهما الحياة الزوجية من جديد .

٣ - المرأة التي لا دين لها :

لا يجوز الزواج من امرأة ملحدة تنكر الأديان ولا تعترف بوجود الله سبحانه وتعالى ولا تؤمن بنبي ولا تقر بكتاب إلهي . كذلك لا يجوز الزواج من الوثنية ؛ وهي التي تعبد الأصنام ، والأوثان . وتعبد الشمس أو النجوم . كذلك لا يحل الزواج بامرأة مجوسية وهي التي تعبد النار . ويرى صاحب فتح القدير أنه يدخل في عداد المشركين من حيث التحريم المرأة الزنديقة والتي تنتسب لطائفة الباطنية ، والإباحية وكل من اعتنق مذهبا يكفر به معتقده ؛ لأن اسم المشرك يتناول هؤلاء جميعاً[1] .

الدليـــل

استدل على تحريم زواج المرأة التي لا دين لها بالكتاب والسنة :

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن »[2] .

وجه الاستدلال

اسم المشرك يطلق في لغة القرآن ، وعرف الشارع على كل من يعبد غير الله ويصدق عليه أنه لا يدين بدين سماوي ، وإن زعم أنه يعبد غير الله

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٣٧ .

(٢) الآية رقم ٢٢١ من سورة البقرة .

تقرباً إلى الله سبحانه وتعالى(١) ، والآية نهت عن زواج المشركات ، والنهى يقتضى التحريم إلا لصارف يصرفه عن موجبه الأصلى ولا صارف له عن هذا الموجب ، والتحريم يقتضى الفساد فدل ذلك على فساد وبطلان نكاح المرأة المشركة أى التى لا دين لها .

السنة :

ومن السنة استدل على تحريم المرأة التى تعبد غير الله بقوله صلى الله عليه وسلم : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ، ولا آكلى ذبائحهم» .

وجه الاستدلال

أبان الحديث أن المجوسية لا تنكح وكذلك لا يؤكل طعام أى مجوسى . ويدخل فى حكم المجوسى فى تحريم نسائهم كل من عبد غير الله لاشتراكهم جميعاً فى الإشراك بالله .

زواج المسلم بالكتابية :

يجوز للمسلم أن يتزوج المرأة الكتابية ؛ وهى التى تؤمن برسول وتقر بكتاب سماوى . ويستوى فى ذلك اليهودية والنصرانية مع اعتقادهم الذى لا تقرهم عليه الشريعة الإسلامية ، فاليهود يعتقدون أن عزيرا ابن الله . كما يعتقد المسيحيون أن المسيح ابن الله . وقد أشار إلى اعتقادهم هذا القرآن فى قوله سبحانه وتعالى : « وقالت اليهود عزير ابن الله وقالت النصارى المسيح ابن الله ذلك قولهم بأفواههم يضاهئون قول الذين كفروا من قبل قاتلهم الله أنى يؤفكون »(٢) . ولا يؤثر فى صحة الزواج بالكتابية «اليهودية والنصرانية»

---

(١) فقد دل على وصف من يعبد الصنم تقرباً به إلى الله سبحانه وتعالى بأنه فى عداد الوثنيين قوله تعالى فى سورة الزمر « وما نعبدهم إلا ليقربونا إلى الله زلفى » .

(٢) الآية رقم ٣٠ من سورة التوبة .

اعتقادها أن الله ثالث ثلاثة فقد أشار القرآن إلى أن هذا الاعتقاد موجود عند النصرانيين وأنهم كفرة كذابون فيما يقولونه ويعتقدون به فالتثليث كفر وهو زور وباطل ومع هذا فقد سماهم الله أهل كتاب «لقد كفر الذين قالوا إن الله ثالث ثلاثة، وما من إله إلا إله واحد. وإن لم ينتهوا عما يقولون ليمسن الذين كفروا منهم عذاب أليم(١) أفلا يتوبون إلى الله ويستغفرونه والله غفور رحيم . ما المسيح ابن مريم إلا رسول قد خلت من قبله الرسل وأمه صديقة كانا يأكلان الطعام ، أنظر كيف نبين لهم الآيات ، ثم انظر أنى يؤفكون . قل أتعبدون من دون الله ما لا يملك لكم ضراً ، ولا نفعاً والله هو السميع العليم . قل ياأهل الكتاب لا تغلوا فى دينكم غير الحق ولا تتبعوا أهواء قوم قد ضلوا من قبل ، وأضلوا كثيراً ، وضلوا عن سواء السبيل»(١) ويستوى فى إباحة الزواج بالكتابية الكتابية الحرة ، والكتابية الأمة .

الدليل على جواز زواج الكتابية

استدل على جواز الزواج من الكتابية من الكتاب بقوله تعالى : «اليوم أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ، وطعامكم حل لهم ، والمحصنات من المومنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» (٢)

وجه الاستدلال

أباح النص المذكور الزواج من الكتابيات العفيفات إذ أبانت الآية جواز النكاح من المرأة المتصفة بكونها محصنة أى عفيفة فليست العفة شرطا فى صحة الزواج بل هى وصف لبيان الأفضل حثا للناس على اختيار الزوجة الشريفة

(١) الآيات ٧٣ ، ٧٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧ من سورة المائدة .

(٢) الآية رقم ٥ من سورة المائدة

العفيفة التى تحافظ على شرفها وشرف زوجها حتى تكون الحياة الزوجية حياة ساكنة هادئة مستقرة . والنص عام يدخل فيه الكتابية الحرة وغير الحرة وقد دل على ذلك أيضاً العموم الوارد فى النصوص المبيحة للزواج والتى منها قوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله عز وجل : « فانكحوهن بإذن أهلهن » وقوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » من غير فصل بين الأمة المؤمنة ، والأمة الكافرة ، والكتابية إلا ما خص بدليل .

رد اعتراض

وقد رد على الاعتراض القائل بأن الكتابيات يدخلن فى التحريم فى عموم النص المحرم للزواج بالمشركات إذ الكتابية مشركة فى الحقيقة والنص دل على تحريم الزواج بالمشركة : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » : فقيل ردا على هذا الاعتراض بأن الكتابية لاتدخل ضمن العموم الوارد فى هذا النص فهو لا يشمل الكتابيات ، لأنهن وإن كن على الحقيقة مشركات ، لكن هذا الإسم فى متعارف الناس يطلق على المشركات من غير أهل الكتاب ، قال تعالى: «ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ، ولا المشركين » وقال تعالى : «إن الذين كفروا من أهل الكتاب ، والمشركين فى نار جهنم » قال القفال . (١) الفرق بين الكتابية وغيرها : هو أن الكتابية نقصانها أنها كافرة فقط وغيرها فيها الكفر وفساد الدين .

وجه الاستدلال

فصل الله سبحانه وتعالى بين المشركين ، والكتابيين فجعل لكل منهما إسما.

---

(١) القفال من فقهاء الشافعية .

فالكتابيات وإن كن قد دخلن فى عموم إسم المشركات بحكم ظاهر اللفظ ، ولكنهن خصصن عن العموم بقوله تعالى : «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» والكتابيات ، وإن كن عفائف » يستحققن هذا الإسم ؛ لأن الإحصان فى كلام العرب عبارة عن المنع ، ومعنى المنع يحصل بالعفة، والصلاح كما يحصل بالحرية والإسلام يحصل بالنكاح ؛ لأن ذلك مانع المرأة من ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم اسم المحصنات والأصل فى النكاح هو الجواز حرة كانت المنكوحة أو أمة، مسلمة ، أو كتابية ؛لأن النكاح عقد مصلحة، والأصل فى المصالح الإستبقاء . والمنع عنه لمعنى فى غيره .

الحكمة من تحريم زواج المشركة واباحة الزواج بالكتابية:

والحكمة فى أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بكتابية ولا يجوز له أن يتزوج بمشركة ، هى أن المعانى والمقاصد من الزواج لا يمكن تحققها من زواج المسلم بالمشركة ؛ لما بينهما من بون شاسع فى العقائد ، وتفاوت كبير فى المبادىء الأساسية الدينية ، فهما على طرفى نقيض لا تجمعهما كلمة التوحيد ، ولا الإيمان بنبى ذى كتاب سماوى ، فالمخالطة مع المشركة مع قيام العداوة الدينية لا يحصل بها السكن والمودة الذى به قوام مقاصد النكاح الذى تشير إليه الآية الكريمة : «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها ، وجعل بينكم مودة ورحمة إن فى ذلك لآيات لقوم يتفكرون»

والكتابية تعترف بالله وتؤمن به كما تؤمن بنبى ، وباليوم الآخر ، وأنه دار العقاب والثواب ، وتقر بكتاب سماوى فبين الكتابية وبين المسلم تقارب فى العقيدة يمكن أن تتحقق معه مقاصد النكاح ، وأغراضه من التعاون، والتآلف، وتبادل المودة ، والرحمة وسكون كل منهما إلى الآخر . وكان فى نكاح المسلم إياها رجاء اسلامها ؛ لأنها متى نبهت على حقيقة الأمر تنبهت وتأتى بالإيمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة .

وعلى الزوج أن يدعوها إلى الإسلام وينبهها على حقيقة الأمر رجاء اسلامها . ولهذا جوز نكاحها لهذه العاقبة الحميدة ، بخلاف المشركةالتى اختارت الشرك تقليدا لما عليه أباؤها وأجدادها ، وعداوتها الدينية مع المسلمين على أشدها فكانت النتيجة المرجوة من نكاحها نتيجة غير سارة لاتتفق وأهداف المشرع من الزواج .

الاجماع

كذلك استدل على جواز انكاح الكتابية باجماع الصحابة الذى دل عليه زواج بعض الصحابة بالكتابيات كطلحة بن عبد الله ، وكعب بن مالك ولم ينكر على من تزوج من الصحابة أحد من صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم فيكون هذا إجماعا من الصحابة على جواز التزوج بالكتابية .

رأى آخر

ذهب بعض العلماء إلى أن الكتابيه إن اعتقدت التثليث ، أو اعتقدت أن عزيراً ابن الله ، أو أن المسيح ابن الله لايجوز للمسلم أن يتزوج بها ؛ لأنها تدخل فى عموم قوله تعالى : « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » لأن الله قد وصف من اعتقد هذا الاعتقاد بالكفر والشرك فقد قال : « سبحانه عما يشركون » . . .
وقد رد جمهور الفقهاء على هذا الرأى وسقناه فيما تقدم فلا داعى لاعادته .

الزواج بالصابئات

يرى أبو حنيفة حل الزواج بالصابئة فهو يرى أن الصابئات هن النساء اللاتى يؤمن بكتاب فهن من القارئات للزبور وأنهن لايعبدن الكواكب ولكن يعظمنها تعظيم المسلمين للكعبة فى الاستقبال إليها إلا أنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب فى بعض دياناتهم وهذا لا يمنع المناكحة كاليهود والنصارى .

رأى الصاحبين

ويرى الصاحبان : « أبو يوسف ومحمد » عدم جواز الزواج من الصابئة لأنها من قوم يعبدون الكواكب ، وعابد الكواكب كعابد الوثن .

هذا ويرى المالكية عدم حل زواج الإماء الكتابيات لا لحر مسلم ، ولا لعبد مسلم سواء خاف على نفسه العنت أولا ؛ عجز عن صداق الحرة أولا . وسواء كانت مملوكة لمسلم أو لكافر ، وسواء كان ممن يعتق عليه ولده أولا . واستدلوا لذلك بقوله تعالى : « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » فقد شرط الله الإيمان فى الإماء اللاتى يراد الزواج بهن وكأنه تعالى قال : ومن لم يجد فضلا من المال يستطيع به نكاح الحرة المؤمنة فيرخص له نكاح مملوكة من الإماء المسلمات .

وقال المالكية : إن فى نكاح الأمة الكافرة استرقاق الولد للكفار ؛ لأن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية ويتبع أباه فى الدين والنسب .

وقالوا أيضا يجوز نكاح المجوسية إذا تهودت أو تنصرت وهذا على الرأى المعتمد فى المذهب ؛ لأنها تقر على ما انتقلت إليه

الزواج من المرتد والمرتدة :

المرتد هو من رجع عن دين الإسلام اختيارا بدون إكراه على تركه والمرتد لا يجوز له أن يتزوج إثناء ارتداده لا بمسلمه ، ولا بمرتدة مثله ولا بكافرة لأن الزواج يعتمد الملة والبقاء ولا ملة للمرتد ؛ فهو لا يقر على ردته بل إما العودة بالإسلام أو تبين منه زوجته مسلمة كانت أو كتابية .

والمرتدة لا يجوز أن يتزوجها أحد مسلما كان أو كتابيا ، أومرتدا ، أو مشركا . فالمرأة إما أن تعود للإسلام ، أو تحبس حتى الموت .

الزواج بغير المسلم

لا يحوز للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم لقوله تعالى: «ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » .

وجه الاستدلال

النص واضح فيه النهى من الزواج بغيرالمسلم والنهى يقتضى فساد المنهى عنه فبان فساد وبطلان زواج المسلمة بغير مسلم .

وكذلك استدل على بطلان زواج المسلمة بغير المسلم بقوله تعالى : «ياأيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن . الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات ، فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ، ولا هم يحلون لهن . وآتوهم ما أنفقوا . ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن . ولا تمسكوا بعصم الكوافر ... »[1] .

النوع الرابع من المحرمات تحريماً مؤقتاً

٣ ـ الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها أو بينها وبين امرأة ذات رحم محرم منها وما أشبه الرحم المحرم فى الحرمة كالرضاع .

الدليل :

استدل على تحريم هذا النوع من النساء بالكتاب والسنة والإجماع .

---

(١) الآية رقم ١٠ من سورة الممتحنة .

الـكتاب :

أما الـكتاب فنه قوله تعالى: «وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف» .

وجه الاستدلال :

يفيد النص السابق تحريم الشريعة الإسلامية الجمع فى الزواج بين الأختين فقد ورد هذا النص معطوفاً على قوله تعالى : «حرمت عليكم أمهاتكم» ولا يفيد قوله تعالى : «إلا ما قد سلف» الإقرار على الزواج الموجود وقت نزول النص وفيه جمع بين الأختين بل يفيد عـدم الأخذ على ما تم من زواج جمع فيه أختين فى الجاهلية حيث لا عقاب إلا بعد العلم بالنص . لـكن لا يقر أحد على الجمع بين الأختين بعد الحكم بالحرمة . فكما لا يحل الجمع بين الأختين ابتداء بعد نزول النص المحرم لا يحل إمساك ما قد تم من زواج فيه جمع بين الأختين ابتداء بعد نزول الحرمة فالتحريم من الجمع بين الأختين ابتداء وبقاء .

السنة :

أما الدليل من السنة فنه قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «لا تنـكح المرأة على عمتها ، ولا على خالتها ، ولا على ابنة أخيها ، ولا على ابنة أختها ، فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم» .

موضع الدليل فى الحديث:

أبان الحديث عدم صحة النكاح الذى يجمع فيه بين المرأة وعمتها أو خالتها إلى آخر ما ورد فى النص أو فى الحديث نهى عن هذا النكاح مطلقا : ابتداء له ، أو استمراراً فيه .

قاعدة هذا النوع من التحريم :

فقعَّد فقهاء الأحناف لهذا النوع من التحريم قاعدة هى : يحرم الجمع

فى الزواج بين كل امرأتين لو فرضت أيتهما رجلا حرم عليه أن يتزوج بالأخرى : وذلك كالأختين نسبا أو رضاعا فلا يجوز الجمع بينهما فى الزواج. وكالعمة وبنت أخيها، والخالة وبنت أختها إذ لو فرضت العمة رجلا أى عماً لم يجز له أن يتزوج بنت أخيه ولو فرضت بنت الأخ رجلا أى ابن أخ لم يجز له أن يتزوج بعمته ، ولو فرضت الخالة رجلا أى خالا لم يجز له أن يتزوج بينت أخته ، ولو فرضت بنت الأخت رجلا أى ابن أخت لم يجز له أن يتزوج بخالته . وعدة المرأة من طلاق يجعلها فى حكم الزوجة بالنسبة لتحريم الجمع ، سواء كانت العدة من طلاق رجعى أو بائن ، لبقاء كل آثار الزوجية بالنسبة للطلاق الرجعى ، وبعض آثار الزوجية بالنسبة للمطلقة بائناً كوجوب نفقة المطلقة بائناً على مطلقها وعدم خروجها من مسكن الزوجية حتى تنتهى عدتها شرعاً فللاحتياط يحرم الجمع بينها وبين من يحرم الجمع بينها من النساء فى الزواج .

وقال المالكية والشافعية بجواز أن يتزوج الرجل بمن لا يجوز له الجمع بينها وبين زوجته إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً فمن كان متزوجا امرأة ثم طلقها بائناً جاز له أن يتزوج أختها قبل انتهاء عدة أختها منه ؛ لانقطاع الزوجية بين الزوجة المطلقة بائناً وبين مطلقها فالبينونة هى القطع والبت والدليل على انقطاع الزوجية وإن كانت العدة لا تزال باقية : أن المطلق لا يمكنه مراجعة مطلقته بائناً فى أثناء عدتها إلا برضاها ، وأنه يحرم عليه أن يجامعها فى العدة كل ذلك بخلاف المطلقة رجعياً .

ويشترط لثبوت حرمة الجمع بين المرأتين أن تكون الحرمة من الجانبين بمعنى أنه لو فرضت إحدى المرأتين رجلا لحرم عليها الزواج من الأخرى . وتفريعاً على ذلك يجوز الجمع بين المرأة وبنت زوج كان لها من قبل ؛ وذلك لأنه لو فرض أن البنت كانت رجلا ما حل لها أن تتزوج بالمرأة الأخرى

لأنها زوجة أبيه . لكن لو فرضت المرأة الثانية رجلا لحل لها أن تتزوج بالبنت ؛ لأنها أجنبية إذ على فرضها رجلا خرجت عن كونها زوجة الأب فلا علاقة بينها وبين البنت . وقد استدل لذلك بما روى أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة كانت زوجة لعلى وبنته من غيرها . ولم ينكر عليه هذا الصنيع أحد من الصحابة والتابعين الذين كانوا موجودين وقت هذا العمل . فكان ذلك بمثابة إجماع منهم على الجواز ،

ويرى زفر وهو من فقهاء الأحناف تحريم الجمع بين المرأتين متى ثبتت الحرمة ولو من جانب واحد . ويرد عليه إنما ورد ما يفيد إباحة هذا الجمع فى الزواج فقد ورد أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت على ومطلقته ولم ينكر عليه هذا العمل .

النوع الخامس من المحرمات تحريما مؤقتا

٥ — عدد الزوجات اللاتى يجوز الجمع بينهن .

قال الأحناف : لا يجوز للحر أن يتزوج أكثر من أربع زوجات من الحرائر ، والإماء . ولا يجوز للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين وبهذا قال الشافعية ، والحنابلة ـ وأجاز المالكية أن يجمع الحر أو العبد بين أربع من الزوجات . وقالوا بحرمة جمع خمس من النساء على كل من الحر والعبد . سواء جمعهن فى عقد واحد ، أو فى عقود متفرقة لكن إن جمعهن فى عقد فسخ نكاح الجميع . وإن كان فى عقود فسخ نكاح الخامسة إن علم ، وإلا فسخ نكاح الجميع ـ فالمالكية لا يرون أن للرق تأثيراً على العدد المباح للرجل أن يتزوج به من النساء ـ لأن الزواج عبادة من العبادات ،والحر والعبد فيهاسواء بخلاف الطلاق فإنه فى معنى الحدود فكان طلاق العبد نصف طلاق الحر كما فى الحدود .

وقد استدل الأحناف والشافعية، والحنابلة بالسنة التي منها :

١ — ما روى أن رجلا أسلم وتحته ثمان نسوة فأسلمن فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : « اختر منهن أربعا ، وفارق البواقى » .

وجه الاستدلال:

أمر الرسول صلى الله عليه وسلم الرجل الذى أسلم أن يلتزم أحكام الإسلام فى الزواج والتى منها أن لا يزيد العدد على أربع نسوة — كما أمره أن يفارق ما زاد على هذا القدر المباح . فلو كانت الزيادة على الأربع جائزة لما أمره الرسول صلى الله عليه وسلم بمفارقة زوجاته الزائدات عن الأربع فدل ذلك على أن منتهى العدد المشروع هو الأربع .

العبد على النصف من الحر:

وقد استدل على أن العدد الذى يباح للعبد أن يجمع بينهن هو اثنتان فقط بالسنة التى منها قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « لا يتزوج العبد أكثر من اثنتين » ـ فقد نص فى الحديث على عدم جواز الجمع بين أكثر من زوجتين بالنسبة للعبد . وقد أجمع الصحابة على ذلك فقد روى عن الحكم أنه قال : أجمع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن العبد لا يجمع من النساء فوق اثنتين .

وقال فقهاء الأحناف : إن العبد أنقص حالا من الحر ، ويظهر أثر هذا النقصان فى عدد المملوك له فى باب النكاح ؛ لأن مالكية النكاح تشعر بكمال الحال ؛ لأنها من باب الولاية ؛ ولهذا كان العبد على النصف مما يملكه الحر كما هو الحال بالنسبة للقسم ، والطلاق ، والعدة ، والحدود ، وغير ذلك فالرق منصف بالنسبة للمرأة فكذلك رق العبد ينصف ماله أيضاً من حقوق فى هذا الباب .

من قال بجواز الزواج بأكثر من أربع:

نسب إلى بعض الروافض أنهم قالوا بإباحة الزواج بأكثر من أربع للرجل بحيث لا يزيد العدد على تسع . وهناك قول آخر منسوب إلى بعض منهم يفيد إباحة الزواج للرجل الواحد بثمان عشرة من النساء وحجة أصحاب هذه الآراء قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ، وثلاث ورباع ؛ (١) فمن أباح الجمع بين تسع من النساء : قال إن الله سبحانه وتعالى ذكر فى الآية أعداداً وعطف بينها بحرف الواو ؛ والواو للجمع فالنتيجة هى إباحة الزواج بتسع من النساء . وقالوا : إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد تزوج تسعا وهو قدوة هذه الأمة ـ أما من أباح الجمع بين ثمانى عشرة من النساء فى الزواج فقد قال: إن الآية السابقة « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » تفيد إباحة هذا العدد، إذ المثنى ضعف الإثنين والثلاث ضعف الثلاثة ـ والرباع ضعف الأربعة فجملتها ثمان عشرة .

الرد على هذا الرأى الفاسد

وللرد على هذا الرأى الفاسد نقول : إنه لم يسمع عن أحد من الصحابة ، ولا التابعين أنه جمع فى عصمته أكثر من أربع نسوة ـ وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم وعنده أكثر من هذا العدد بالاقتصار على أربع ومفارقة الباقى فقد روى أنه صلى الله عليه وسلم أمر غيلان بن أمية الثقفى وقد أسلم وتحته عشر نسوة فقال له : « اختر منهن أربعا ، وفارق سائرهن رواه مالك فى الموطأ والنسائى والدارقطنى فى سننهما .

وفى كتاب أبى داود عن الحارث بن قيس قال : أسلمت وعندى ثمان

(١) الآية رقم ٣ من سورة النساء .

فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : « إختر منهن أربعا » . فهذا الصحابي الذي أسلم وعنده من الزوجات عدد أكثر من أربع يأمره الرسول صلوات الله وسلامه عليه بأن يبقى منهن أربعا ويفارق البواقي . فلو كانت الزيادة على الأربع حلالا لما أمره بمفارقة البواقي . فدل هذا على أن منتهى العدد المشروع هو الأربع . وفى الزواج بأكثر من أربع احتمال للجور على الزوجات بالعجز عن القيام بحقوقهن وهو احتمال لأمر متوقع ، بل وغالب الوقوع فكان الوقوف بالعدد المباح إلى أربع فيه تحقيق للعدل المأمور به بين الزوجات : ولأن الظاهر أن الرجل لا يقدر على الوفاء بحقوق أكثر من زوجة واحدة كانت إشارة القرآن دالة على عدم التوسع فى الجمع نكاحا بأكثر من واحدة ، وكان الحد الأقصى لمن يظن أنه يمكن للرجل أن يعدل بينهن لو أصبحن فى عصمته ، هو أربع من النساء . فالقول بزيادة العدد المباح الزواج بهن من النساء عن أربع أخذا من قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ، وثلاث ، ورباع » هو قول يدل على جهل قائله باللسان العربي وحكمة الشارع وعدم استيعاب للنصوص الشرعية ، ومخالفة واضحة لإجماع الأمة . وتوضيح ذلك فيما يلى :

الاستدلال بفعل الرسول صلى الله عليه وسلم :

أما الاستدلال بفعل الرسول صلوات الله وسلامه عليه ، وأنه قدوة الأمة فهى مغالطة واضحة إذ معلوم أن الرسول صلى الله عليه لا يخشى منه الجور ، لكونه مؤيداً على القيام بحقوق زوجاته بالتأييد الإلهى . فكان ذلك من الآيات الدالة على ثبوت نبوته ، لأنه صلى الله عليه وسلم آثر الفقر على الغنى ، والضيق على السعة وتحمل الشدائد على الهوينا من العبادات ، والأمور الثقيلة . وهذه الأشياء أسباب قطع الشهوات ، والحاجة إلى النساء ، ومع

ذلك كان يقوم بحقوقهن فدل ذلك على أنه صلى الله عليه وسلم إنما قدر على ذلك بالله تعالى . فالأمر إذن خاص به صلى الله عليه وسلم وليس من قبيل التشريع العام الواجب على الأمة اتباعه .

الاستدلال بالقرآن

أما الاستدلال بقوله تعالى : «فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » فلا يمكن العمل بظاهره ؛ لأن المثنى ليس عبارة عن الإثنين ، ولا الثلاث عبارة عن الثلاث أو الرباع عبارة عن الأربع . بل أدنى ما يراد بالمثنى مرتان من هذا العدد ، وأدنى ما يراد بالثلاث ثلاث مرات من العدد ، وكذا المراد من الرباع وذلك يزيد على التسعة ، وهم الثمانية عشر . ولا قائل بذلك لأنه يعني أنه لا حصر للعدد المباح التزوج به من النساء ؛ ولأنك إذا قلت جاء القوم رباع ، وثناء فلم تحصر عدتهم ، وإنما تريد أنهم جاءوك أربعة أربعة ، أو اثنين اثنين سواء قل عددهم ، أو كثر وليس هذا هو المراد هنا وحينئذ فالعمل بظاهر الآية متعذر ، فلابد للآية من تأويل . وللآية تأويلان هما :

أحدهما : أن تكون الواو بمعنى أو التي للتخيير ، ويكون كأنه تعالى قال : مثنى ، أو ثلاث ، أو رباع واستعمال الواو مكان أو جائز .

ثانيهما : ـ أن يكون ذكر هذه الأعداد على التداخل ؛ فيكون قوله تعالى: وثلاث يدخل في الثلاث المثنى .

وقوله عز وجل : « ورباع » يدخل فيه الثلاث كما في قوله تعالى : « قل أئنكم لتكفرون بالذي خلق الأرض في يومين ، وتجعلون له أنداداً ذلك رب العالمين » (١) ثم قال عز وجل « وجعل فيها رواسي من فوقها ، وبارك فيها .

(١) الآية رقم ٩ سورة فصلت .

وقدر فيها أقواتها فى أربعة أيام سواء للسائلين » واليومان الأولان داخلان فى الأربع ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لكان خلق هذه الجملة فى ستة أيام . ثم أخبر عز وجل أنه خلق السماوات فى يومين ، بقوله عز وجل : « فقضاهن سبع سموات فى يومين ، وأوحى فى كل سماء أمرها ، وزينا السماء الدنيا بمصابيح وحفظا ذلك تقدير العزيز العليم » فيكون خلق الجميع فى ثمانية أيام ، وقد أخبر الله تعالى أنه خلق السموات ، والأرض فى ستة أيام . فيؤدى إلى الخلف فى خبر من يستحيل عليه الخلف ، فكان التداخل فكذا هنا جاز أن يكون العدد الأول داخلا فى العدد الثانى ، والعدد الثانى داخلا فى العدد الثالث فكانت الآية دالة على إباحة نكاح الأربع فقط .

على أنه يجب أن يلاحظ أنه وإن كانت الواو لمطلق الجمع ، لكن الله خاطب العرب بأفصح اللغات ، والعرب لا تترك أن تتكلم بلفظ : « تسعة » وتعبر بدلا عنه بالقول : اثنين ، وثلاثة ، وأربعة فهذا قبيح . كما يستقبح ممن يقول . إعط فلانا : أربعة . ستة . ثمانية . ولا يقول : ثمانية عشر فنى هذا الموضع الواو ليست جامعة بل هى بدل : أى انكحوا ثلاثا بدلا من اثنين ، ورباع بدلا من ثلاث ، ولذا عطف بالواو ولم يعطف بأو .

وبذلك الذى تقدم نستطيع أن ندلل على فساد رأى من يقول بإباحة الجمع بين الزوجات إلى تسع ، او إلى ثمان عشرة . وأن نقول : إن الدين ، والشرع والعقل هو فيما صرح به القرآن والسنة النبوية من تحديدالعدد بأربع فقط ، وبطلان العقد الذى يتم زائدا على هذا العدد .

حكمة تعدد الزوجات

أباح الإسلام تعدد الزوجات . ولم يفرضه كما ادعى خصوم الإسلام

الذين قالوا إن الإسلام أوجب تعدد الزوجات على كل مسلم ، وأنه استنكر من المسلم اقتصاره فى الحياة على زوجة واحدة .

نعم أقر الإسلام مبدأ تعدد الزوجات تحقيقا لهدف بعيد المدى فى الإصلاح الاجتماعى إذ بإقرار الإسلام مبدأ تعدد الزوجات يحمى الإسلام المرأة من التردى فى الرذيلة ، ويبعدها عن أن تكون هدفا للمتعة فقط . فكثير من الطوائف التى لا يوجد فى تقاليدها مبدأ تعدد الزوجات يتخذ أفرادها صاحبات أو خليلات لا يخرجن عن طبقة المتجرات بأجسادهن ، المحرومات من جميع الحقوق الزوجية ؛ لأنهن فى الواقع زوجات غير قانونيات ، ولا شك أن هذا ظلم يقع على المرأة من ناحية هذه الصحبة ، وهذا الإرتباط غير القانونى لكن الرجال قد أجبرتهم تقاليدهم على هذا العمل وذلك بسبب منع هذه التقاليد للرجال من أن يتزوج بواحدة ، واثنين ، وثلاث ، وأربع والإسلام حينما أباح تعدد الزوجات فإنما أباحه لمن عنده عذر يجبره على الزواج بأكثر من واحدة فهناك من الناس من تصحبهم فى حياتهم الزوجية ظروف اجتماعية قاسية تجعل الحاجة إلى إباحة الزواج بأكثر من واحدة ضرورة من الضرورات ، فمن ذلك أن يتزوج زوجان إثر حب وعاطفة ثم تصاب المرأة بمرض عضال ، أو تكون عقيما ، أو يقرر أولو الخبرة لبعض الرجال بأن المرأة الواحدة لا تكفى فى إحصانه ؛ أو يعرض للمرأة ما يجعلها عاجزة عن القيام بحقوق الزوجية فلو لم يبح للرجل أن يتزوج بأخرى لوقع كل من الرجل والمرأة فى مشقة لا يحلها إلا اللجوء إلى الطلاق ، والطلاق أضر بالمرأة من المشاركة فى زوجها والإبقاء على أسرتها ، وغاية الإسلام حماية المرأة من الوقوع فى حالة بؤس تتجرد فيها من جميع الضمانات الاجتماعية ـ فكان أن أباح الله للرجل أن يتزوج بأكثر من واحدة بشرط أن يكون قادرا على العدل بينهن وقد ظهر أن هناك ضرورات أخرى تحتم

إباحة التعدد فمن ذلك الكثرة المتزايدة فى عدد النساء وقلة عدد الرجال الناتج عن الحروب التى ما فتئت تنشب بين حين وآخر بين الدول والقبائل .

وقد قيدت الإباحة الواردة فى قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ، ورباع » بقصر العدد على أربع بعد أن كان تعدد الزوجات قبل الإسلام مطلقا عن القيد العددى . كما حرم على الرجل اتخاذ خليلات وجعل إباحة تعدد الزوجات مشروطا بالقدرة على العدل بينهن . فلو تركت الحرية للرجال فى الزواج بالعدد الذى يريده دون التقيد بأربع لأسرف الرجال فى الزواج كما كان الحال قبل الإسلام . ولطالت مدة غيبة الزوج فى توفية كل زوجة حقها فتحصل الوحشة . وقد يؤدى هذا إلى الفتنة والمساس بالعفة ولوقع الناس فى الحرج . ولو منع الرجال من الزواج إلا بواحدة ، لانتشرت الرذيلة إذا تعلق رجل وامرأة ببعضهما ، ولم يجدا طريقا مشروعا يوصلهما إلى بغيتهما . وقد تكون الزوجة عقيما ويود الزوج إنجاب الذرية من غيرها مع الإبقاء عليها لحبه لها أو لشفقته عليها لعدم وجود من يعولها ، أو بلوغها سنا يجعلها غير صالحة للزواج إذا فارقها وهذا لا شك أفضل لها من أن يطلقها زوجها .

رد شبهة

فهم بعض الناس خطأ أن قوله تعالى : ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » فيها ما يدل على منع تعدد الزوجات باعتبار أن الآية نفت استطاعة العدل بين الزوجات وتعدد الزوجات مشروط بإمكان العدل بينهن وهذا الفهم قد جانبه الصواب، لأن العدل الكامل بين الزوجات فى كل شىء غير مستطاع للبشر فليسوا بمعصومين

من المفوات ، والنسيان أما أصل العدل فهو ممكن وهو المطلوب عند التعدد والنفى فى الآية منصب على الميل القلبى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء » ولقد كانت عائشة أم المؤمنين أحب زوجات الرسول إليه وهو أعدل الناس قاطبة بين زوجاته وكان يطلب من الله أن لا يؤاخذه إذا لم يمكنه العدل فى الأمور التى لا يملك أن يعدل فيها وهى شدة الميل القلبى إلى زوجة دون أخرى فكان صلوات الله وسلامه عليه يقسم بين زوجاته ثم يتضرع إلى ربه ويقول: « اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تؤاخذنى فيما تملك ولا أملك » ولهذا كان العدل المبيح لتعدد الزوجات ليس هو العدل فى الحب ، بل هو التسوية فى الأمور الظاهرة مثل النفقة ، والمبيت وحسن المعاشرة .

وواضح أن الآية تعلمنا أن هناك عدلا خارجا عن طاقة الإنسان واستطاعته وهو العدل فى ميل النفوس والمحبة وهذا ما لم يكلف الله به الأزواج وإنما كلفهم بما يقدرون عليه وهو عدم الاسترسال فى متابعة الهوى. فمن كان غير مستطيع أن يعدل بين زوجاته عدلا كاملا يشمل التسوية بينهن فى المحبة والميول القلبية فيجب عليه ألا يقصر فيما يستطيعه من التسوية بينهن فى النفقة ، والمبيت وحسن المعاشرة حتى لا يترك من لا يميل إليها من زوجاته كالمعلقة فلا هى زوجة تتمتع بحقوق الزوجية ، وتعامل معاملة الأزواج ولا هى مطلقة تستطيع أن تختار غيره من الأزواج : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة »[1] .

---

(١) الآية رقم ١٢٩ سورة النساء .

الكفاءة فى الزواج

معنى الكفاءة لغة :

الكفاءة فى اللغة المساواة والمماثلة . يقال كافأ فلان فلانا إذا ساواه وكان نظيراً له ومن ذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «المسلمون تتكافأ دماؤهم» أى تتساوى دماؤهم فى الدية والقصاص فيقتص من الشريف للوضيع ، ومن الغنى للفقير .

الكفاءة فى اصطلاح الفقهاء :

والكفاءة فى اصطلاح الفقهاء هى مساواة الرجل للمرأة فى أمور مخصوصة بحيث لا تكون المرأة ولا أولياؤها عرضة للتعيير بزوجها .

اختلاف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة :

وقد اختلف الفقهاء فى اشتراط الكفاءة فى الزواج فذهب بعضهم (١) إلى أن الكفاءة ليست شرطا أصلا فيصح الزواج ويكون لازما سواء كان الزوج كفئا للزوجة أو لم يكن كفأها واستندوا فى ذلك إلى الكتاب والسنة فمن الكتاب :

١ — قوله تعالى : «إن أكرمكم عند الله اتقاكم» فالنص واضح منه إلغاء كل ما يتمسك به القائلون باشتراط الكفاءة من نسب وحرفة .

٢ — السنة ومن السنة تسوية النبى صلى الله عليه وسلم بين الناس دون وضع

---

(١) من الذين قالوا بعدم اشتراط أن يكون الزوج كفأ للزوجة : أبو الحسن الكرخى ، وأبو بكر الرازى المشهور بالجصاص وهما من فقهاء الحنفية .

أمور بها يتميز الناس بعضهم على بعض من حسب أو نسب أو مال أو حرفة فالكل سواء لا يتميزون عند الله إلا بالتقوى فقد ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » .

وهكذا اتفق الكتاب والسنة على أنه لاتفاضل بين الناس لنسب أو حرفة أو غير ذلك إلا بالتقوى والعمل فمن أبطأ به عمله لم يسرع به نسبه .

فعل الصحابة :

وقد تزوج الصحابة فلم يشعر الأحرار العرب أصحاب النسب بعار من تزويج بناتهم إلى الموالى غير العرب فقد زوج أبو حذيفة بنت أخيه من مولاه سالم ، وتزوج بلال وهو حبشى أخت عبد الرحمن بن عوف وهى عربية حرة الأصل وكان ذلك بعلم الصحابة بل بعض هذه الحالات تم بفعل الرسول صلى الله عليه وسلم .

رأى جمهور الفقهاء :

وذهب الجمهور من الفقهاء ومنهم فقهاء المذهب الحنفى إلى أن الكفاءة شرط فى الزواج وحجتهم فى ذلك أن الزواج يراد لمصالح عديدة . ولا تنتظم هذه المصالح إلا إذا كان هناك تقارب بين الزوجين يمكن من توثيق الصلاة وربط عرى المودة بينهما ولا يتم ذلك إذا كانت هناك فوارق كبيرة بين الزوجين تحول فى أغلب الأحيان دون التوافق والانسجام بينهما فلا تتحقق مقاصد الزواج وأغراضه وتكون النتيجة الإنفصال ، وانفصام عرى الزوجية بين الزوجين . ولهذا المعنى اعتبرت الكفاءة فى الزواج . وكانت الكفاءة شرطاً يجب تحققه فى الزوج ليصبح زواجه من زوجته نافذا فالزوج هو الذى يجب أن يكون كفأ للزوجة أما الزوجة فلا يشترط فيها أن تكون كفأ للزوج .

الرد على ما أثاره خصوم اعتبار الكفاءة

قال جمهور الفقهاء الذين رأوا اعتبار الكفاءة شرطاً من شروط الزواج رداً على أدلة من يرى عدم اشتراطها فقالوا : إن المراد بالآية « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » والمراد بالحديث : « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى » إن هذا هو بالنسبة لأحكام الآخرة لا أحكام الدنيا — وهذا أمر ليس محل خلاف فالناس في الآخرة التفاضل بينهم هو بحسب أعمالهم لا بحسب أحسابهم وأنسابهم . أما أحكام الدنيا فواضح أن هناك صفات شخصية يتفاوت الناس فيها وهذا أمر محسوس ملموس . ففرق بين الجاهل والعالم ولا يقال : إن القول باشتراط الكفاءة يتنافى مع مبدأ المساواة بين الناس الذي يدعو إليه الإسلام . فالمساواة في الإسلام مبدأ مقرر وهو المساواة في الحقوق والواجبات والعقوبات . أما الاعتبارات الشخصية التي تقوم على عرف الناس وعاداتهم فهذا ما لا يمكن لأية شريعة من الشرائع أن تتجاهلها متى كانت لا تضر ولا تسيء إلى المجتمع البشري .

وقال جمهور الفقهاء : إن قياس الزواج على مسائل الجنايات والقصاص هو قياس مع الفارق . فالقصاص شرع لمصلحة الحياة فلو اعتبرت الكفاءة فيه لأدى ذلك إلى ضياع هذه المصلحة ، واختل نظام الحياة وتتاح الفرص للأقوياء أن يعتدوا على الضعفاء فتى تقرر عقاب الضعيف وترك عقاب الشرفاء وأصحاب الجاه والنسب إذا قتلوا من لا يكافئهم حسباً ولا نسباً . وهذا يختلف عن الزواج فإنه شرع لتحقيق المصالح بين الزوجين من دوام العشرة والمودة والألفة بينهما وهذه المصالح لا تتحقق إلا باشتراط الكفاءة بين الزوج وزوجته .

وأما التمسك بالزيجات التي وقعت بين غير المتكافئين في عهد الرسول

صلى الله عليه وسلم بعلمه وعلم صحابته فلا تصلح دليلا على عدم اشتراط الكفاءة فى الزواج لأن الكفاءة ليست من الحقوق المنسوبة لله (حق العامة) بل هى حق للزوجة والأولياء وليست حقاً للشارع فتى أسقط من لهم هذا الحق ورضوا بغير الكفء زوجا كان العقد صحيحاً شرعا تترتب عليه كل آثاره كما تترتب على العقد الذى تزوج فيه الكفء بزوجة مستوفية لكل الشروط الشرعية . وهذا ما حدث فى هذه الزيجات التى تمت فى هذا الموضوع فلا يصح الاستدلال بها على عدم اعتبار الكفاءة فى الزواج أصلا .

ما تشترط له الكفاءة

اختلف جمهور الفقهاء القائلين بأن الكفاءة بين الزوجين معتبرة فى الزواج فبعضهم جعل الكفاءة شرطاً لصحة العقد من غير تفصيل بين حالة وحالة . وبعضهم جعلها شرطاً لصحة الزواج فى بعض الحالات وشرطاً لنفاذه فى بعض الحالات ، وشرطاً للزومه فى حالات أخرى وهؤلاء هم الحنفية . كما اختلفوا أيضاً فى الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة حيث لم يرد بهذه الأمور نص من كتاب أو سنة . فيرى المالكية اعتبار الكفاءة فى الدين فقط لقوله تعالى : « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » ويرى ابن القيم أن الكفاءة المعتبرة هى الكفاءة فى الدين أصلا وكمالا . فلا تزوج مسلمة بغير مسلم ، ولا عفيفة بفاجر — أما ما عدا الدين فيرى ابن القيم أنها أمور لم يرد بها نص من قرآن أو سنة .

ويرى الإمام أحمد رأى المالكية فى أن المعتبر هو الكفاءة فى الدين . وفى المذهب روايات عنه تفيد اشتراط أمور أخرى لتحقق الكفاءة .

ويري الشافعية أن الكفاءة في خمسة أمور هي : الدين ، والنسب ،

والحرية ؛ والحرفة ، والخلو من العيوب . وزاد عليها بعض المتأخرين من فقهاء المذهب تقارب الزوجين فى السن فالشيخ الهرم ليس كفأ للفتاة الشابة .

والحنفية اعتبروا الكفاءة فى ستة أمور هى :

النسب ، والإسلام ، والحرية ، والمال ، والديانة ، والحرفة . وتفصيل مذهب الأحناف فيما يلى :

١ — النسب

النسب هو صلة الإنسان بمن ينتمى إليه من الآباء والأجداد فإذا كانت الزوجة يتصل نسبها بأصل معلوم فلا يكافئها إلا من كان مماثلا لها فى هذه الصلة ؛ لأن الناس يعيرون بمصاهرة من هم أقل منهم . وخص الأحناف التكافؤ فى النسب بما إذا كان الزوجان من العرب[١] لا العجم . وعلل فقهاء الأحناف لذلك بقولهم : إن العرب هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسباب هجوهم ومدحهم ومناط تفضيل بعضهم على بعض أما غيرهم من العجم فلم يحفظوا أنسابهم ولم يجعلوها من مفاخرهم .

العرب ليسوا متساوين فى الكفاءة

والعرب ليسوا متساوين فى الكفاءة من حيث النسب بل بعضهم أفضل من بعض فقريش أكفاء بعضهم لبعض . وسائر العرب أكفاء بعضهم لبعض مهما اختلفت قبائلهم . وليس أحد من العرب كفأ لامرأة قرشية ، كما أن أحداً من غير العرب ليس كفأ لامرأة عربية من أية قبيلة غير أن فقهاء

---

(١) المراد بالعرب من جمعهم أب فوق النضر بن كنانة فكل من اتصل نسبه بكنانة فمن فوقه فهو عربى أما العجم فهم غير العرب ولو كانوا يتكلمون اللغة العربية .

الحنفية قالوا : إن العالم غير العربي يعتبر كفئاً للمرأة العربية بل للمرأة القرشية .

لأن شرف العلم فوق شرف النسب . قال تعالى : « هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون (١) » وقال تعالى : « يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتو العلم درجات (٢) » .

وقد استدل الأحناف على تفاوت الكفاءة فى النسب بقوله عليه الصلاة والسلام: « قريش بعضهم أكفاء بعض بطن ببطن ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، والموالى بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل — وفى رواية : العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ، ورجل برجل والموالى بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة، ورجل برجل إلا حائكا أو حجاماً .

وروى الدار قطنى عن ابن عمر مرفوعاً : الناس أكفاء قبيلة لقبيلة ، وعربى لعربى . ومولى لمولى إلا حائكا أو حجاماً — هذا ويرى الكمال بن الهمام أن المراد من الموالى هنا غير العرب وإن لم يصبهم رق لأنهم لما ضلوا أنسابهم كان التفاخر بينهم بالدين .

لا اعتبار للتفاضل فيما بين قريش :

يرى الإمام أبو حنيفة أنه لا اعتبار للتفاضل فيما بين قريش للحديث السابق ذكره : « قريش بعضهم أكفاء » فقد قابل البعض بالبعض من غير إعتبار الفضيلة بين قبائلهم ، وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم ابنته رقية من عثمان رضى الله عنه وكان من بنى عبد شمس (أموى) (٣) ، وزوج أم كلثوم

(١) الآية رقم ٩ من سورة الزمر .

(٢) الآية رقم ١١ من سورة المجادلة :

(٣) فعثمان من أشرف أنساب قريش لكنه لم يبلغ رتبة بنى هاشم .

من عمر رضى الله عنه وهو عدوى — ويرى محمد أنه لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش إلا أن يكون النسب نسباً مشهوراً فى الحرمة كأهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل . فلو تزوجت قرشية من أولاد الخلفاء قرشياً ليس من أولادهم كان للأولياء حق الإعتراض .

الديانة :

تعتبر الكفاءة فى الديانة بمعنى أن الزوجة الصالحه التقية ليس كفأ لها الزوج الفاسق واعتبار الكفاءة فى الديانة هو قول أبى حنيفة ، وأبى يوسف ؛ لأن الدين بمعنى الديانة وهى التقوى والصلاح ، من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ماتعير بضعة النسب فلما كان النسب معتبرا فى الكفاءة كانت الديانة أولى بالاعتبار .

رأى محمد :

وقال محمد لاتعتبر الكفاءة فى الديانة لانه من أمور الآخرة فلا تبتنى عليه أحكام الدنيا إلا إذا كان الزوج الفاسق يضرب على قفاه بعرض الكف (يصفع) ويسخر منه الناس ويخرج إلى الأسواق سكران فيلعب به الصبيان فهو حينئذ مستخف به وحينئذ لا يكون كفأ لامرأة صالحة من أهل البيوتات قيل وعلى هذا الرأى الفتوى .

الإسلام :

إسلام الزوج شرط لإنعقاد زواجه بالمسلمة والكفاءة فى الإسلام بمعنى إسلام أصول الزوجين فمن كان أبوه غير مسلم وهو مسلم لايكون كفأ للمسلمة التى لها أب مسلم . ومن لها أبوان فى الإسلام ليس كفأ لها من له أب واحد. وهذا عند أبى حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف أن من له أب مسلم هو كفء

لمن لها آباء مسلمون . والتكافؤ فى إسلام الأصول إنما يعتبره الحنفية بالنسبة لغير العرب لأنهم بعد إسلامهم صار فخرهم بالإسلام فهو شرفهم يقوم عندهم مقام النسب . أما العرب فلا يتفاخرون بإسلام أصولهم وعلى هذا كان العربى المسلم الذى له أب مسلم كفأ للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون بخلاف الزوج المسلم غير العربى.

الحرية :

الرق يجلب عارا أكثر مما يجلبه صفة النسب ، والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء والعتقاء كما يعيرون بمصاهرة من هم دونهم فى النسب والحسب ولهذا اشترط الأحناف الكفاءة فى الحرية ، فالرقيق لا يكون كفأ للحرة ، والعتيق لا يكون كفأ لحرة الأصل ، ومن له أب فى الحرية لا يكون كفأ لمن لها أب وجد فى الحرية . لكن من له أب وجد فى الحرية كفء لمن لها أب وأجداد فى الحرية لتمام النسب بالأب والجد ـ ويرى أبو يوسف أن من له أب حر هو كفء لمن لها أباء وأجداد فى الحرية . لأن تعريف الشخص عنده فى الدعوة والشهادة وغيرهما يكون كاملا بذكر الأب فقط . أما أبو حنيفة ومحمد فإن التعريف عندهما لا يكون كاملا إلا بالأب والجد .

المال :

اعتبرت الكفاءة فى المال . لأن الناس وخصوصاً فى هذه الأيام يتفاخرون به أكثر من التفاخر بالنسب أو التدين ،

وقد حدد الأحناف مدى الكفاءة فى المال فقالوا : هو أن يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة ، وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية من علمائنا حتى أن من لا يملكهما ، أو لا يملك أحدهما لا يكون كفأ لأن المهر بدل البضع فلابد من إيفائه ، والنفقة هى قوام الازدواج وبها دوامه وقال الأحناف

أنه يكفى فى إعتبار الزوج مالكا للمهر أن يكون مالكا للقدر المتعارف تعجيله من المهر للزوجة . لأن ما وراء المعجل مؤجل عرفاً وهو ليس بمطالب به فلا يسقط الكفاءة عدم ملكه له.

ونقل عن أبى يوسف أنه قال : إذا ملك الرجل المهر والنفقة كان كفأ وإذا ملك المهر دون النفقة لا يعتبر كفأ ـ أما إذا ملك النفقة دون المهر فإنه يكون كفأ . وقال الصدر الشهيد فى تعليله لهذا القول : بأن المهر يجرى فيه التسهيل والتأجيل ويعد الزوج قادراً عليه بيسار أبيه وأمه وجده ، وجدته ولا يعد قادراً على النفقة بيسار الأب ؛ لأن الآباء فى العادات يتحملون المهور عن الأولاد دون النفقة الدائرة .

مقدار النفقة الذى تقاس به الكفاءة

اختلف فى المقدار الذى إذا ملكه الزوج كان مالكا للنفقة فقيل : المعتبر هو ملك نفقة شهر . وقيل نفقة ستة أشهر . وفى جامع شمس الأئمة المعتبر ان يملك الزوج نفقة سنة وفى المجتبى أن الصحيح إنه إذا كان قادراً على النفقة عن طريق الكسب كان كفأ .

وهذا كله إذا كانت الزوجة تطيق النكاح . فإن كانت صغيرة فهو كفء وإن لم يقدر على النفقة ؛ لأنه لا نفقة لها فى هذه الحالة .

الكفاءة فى الغنى

والكفاءة فى الغنى معتبرة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إن الفائقة فى اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة ، ولأن الناس يتفاخرون بالغنى ، ويتعيرون بالفقر .

رأى أبى يوسف

ويرى أبو يوسف أنه لا تعتبر الكفاءة فى الغنى فمن ملك النفقة فهو كفء للموسرة لأنه لا ثبات للغنى فالمال غاد ورائح .

رواية أخرى عن أبى حنيفة وصاحبه

وروى عن أبى حنيفة وصاحبه أن التقارب فى الثروة ليس بشرط لتحقق الكفاءة فى المال بل الشرط أن يكون الزوج قادراً على مقدم المهر وقادراً على النفقة ولو كانت زوجته موسرة يساراً كبيراً .

الحرفة

يراد بالحرفة كل عمل يزاوله الإنسان لكسب رزقه من صناعة ووظيفة ، وتجارة وزراعة .

ومعنى الكفاءة فى الحرفة أن الرجل صاحب الحرفة الخسيسة لا يكون كفئاً لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة ومرد كون الحرفة شريفة أو خسيسة هو العرف وهذا يختلف باختلاف الزمان والبلدان .

واعتبار الكفاءة فى الصنائع هو رأى الصاحبين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو الرأى الراجح — وروى عن أبى حنيفة أنه لا تعتبر الكفاءة فى الحرفة وبذلك يكون البيطار كفأ للعطار .

وفى رواية : الموالى بعضهم أكفاء لبعض إلا الحائك والحجام . وفى رواية عن أبى يوسف فقد نقل عنه القول بأنه لا تعتبر الكفاءة فى الصنائع إلا أن تفحش كالحجام والحائك والدباغ .

وجه الرأى القائل باشتراط الكفاءة فى الصنائع .

قال أصحاب هذا الرأى : إن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها فوجب اعتبار الكفاءة فيها .

وعلل من قال بعدم اشتراط الكفاءة فى الحرفة فقال : إن الحرفة ليست بلازمة، ويمكن التحول عنها فيمكن التحول عن الحرفة الخسيسة إلى النفيسة:

متى تعتبر الكفاءة

تعتبر الكفاءة عند إنشاء العقد فقط فإذا كان الزوج كفأ للزوجة فى الأمور التى بيناها وقت العقد واستكمل العقد باقى شروطه انعقد صحيحاً لازماً ؛ لأن الكفاءة شرط لإنشاء العقد وليست شرطاً لبقائه . فلو تخلف وصف من الأوصاف القابلة للتخلف كالمال ، والديانة والحرفة لم يؤثر ذلك فى لزوم العقد .

فلو كان الزوج وقت العقد صاحب حرفة شريفة ثم اتخذ حرفة خسيسة ، أو كان ذا دين وصلاح واستقامة ثم سلك طريق الفساد فأصبح فاسقاً ، لا يجوز للزوجة ولا لأوليائها طلب فسخ العقد بدعوى عدم كفاءة الزوج. لأنه لو أبيح مثل ذلك لاضطرب أمر الناس ولم تستقر الحياة الزوجية .

من له حق الكفاءة

الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها لكل منهما هذا الحق على حدة . فلو أسقطه أحدهما لا يسقط حق الآخر فيه . فلو أن المرأة أسقطت حقها فى الكفاءة لا يسقط حق أوليائها وبالعكس .

وحق الكفاءة ثابت لولى المرأة فى جميع الحالات بدون استثناء . وكذلك الزوجة إلا فى حالة واحدة وهى حالة ما إذا زوج الصغيرة ومن

فى حكمها الأب أو الجد الذى لم يعرف عنهما سوء الاختيار قبل العقد من غير كفء. فإن المرأة إذا بلغت أو اكتملت أهليتها وزالت أسباب الولاية الجبرية عليها لا حق لها فى فسخ العقد والتحلل منه إذ ليس لها خيار البلوغ والإفاقة فى هذه الحالة لكمال شفقة الأب والجد .

الذى تعتبر الكفاءة من جهته

الأصل فى الكفاءة أن تعتبر من جانب الرجل بالنظر إلى المرأة . فللمرأة أن تتزوج من هو أعلى منها نسباً وغنى بمعنى أنه لا يشترط فى المرأة أن تكون أقل منه فى الأمور المعتبرة فى الكفاءة ؛ لأن الرجل لا يعير هو ولا أقاربه إذا كانت زوجته أقل شأناً منه .

أما المرأة فإنها تعير هى وأقاربها ، إذا كان الزوج أقل منهم منزلة ويستثنى من هذه القاعدة ما يأتى : —

١ — أن يزوج الولى غير الأب أو الجد الصغير ومن هو فى حكمه من المحجور عليه للسفه والجنون والغفلة . أو يزوجه أبوه وجده الذى عرف قبل العقد بسوء الاختيار . فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة للزوج (المولى عليه فإن كانت لا تكافئه لم يكن الزواج صحيحاً . فنى هذه الحالة اشترط أن تكافىء الزوجة زوجها فى الأمور المعتبرة فى الكفاءة فى الزواج .

٢ — أن يوكل الزوج غيره فى تزويجه وكالة مطلقة فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل أن تكون الزوجه مكافئة للزوج هذا هو رأى أبو يوسف ومحمد ،

الوكالة فى الزواج

للقاعدة المقررة فى الفقه : أن من ملك تصرفاً من التصرفات كان له أن يتولاه بنفسه ، وله أن يوكل فيه غيره ما دام ذلك التصرف يقبل النيابة . ومن لا يملك التصرف بنفسه فى شيء لا يكون له أن يوكل غيره فى التصرف فى ذلك الشيء ؛ لأن فاقد الشيء لا يعطيه .

الوكالة لا بد فيها من الولاية

الوكالة عقد به ينفذ تصرف الوكيل على الموكل فيما وكل به كنفاذ تصرف الولى على المولى عليه . ولذلك لا بد للموكل من كمال الأهلية وولاية التصرف فيما وكل به الغير . وعلى هذا فتى كان الشخص بالغاً عاقلا حراً يصح له أن يوكل غيره فى النيابة عنه فى عقد الزواج بزوجه معينة ، أو توكيلا عاماً فى تزويجه بأية امرأة . كما يجوز للولى الذى توافرت فيه شروط الولاية أن يوكل غيره فى إجراء عقد زواج من له هذا الولى الولاية عليه . وهذا كله لا خلاف فيه بين الفقهاء .

هل للمرأة أن توكل غيرها

وفى كلامنا على تولى المرأة عقد زواجها بنفسها وعقد زواج غيرها بالوكالة عنها قلنا هناك : إن الأحناف يرون أن عبارة النساء البالغات ينعقد بها عقد الزواج سواء باشرن العقد لأنفسهن أو بالوكالة عن غيرهن . وأبنا رأى جمهور الفقهاء المخالف للأحناف فيما ذكر .

والذى يتلخص فى أن المرأة لا يجوز لها أن تتولى بنفسها عقد النكاح لا لنفسها . ولا لغيرها . وإنه لا يجوز لها أن توكل الغير فى ذلك ؛ لأنها لا تملك مباشرة العقد بنفسها فلا تملك سلطة إنابة الغير فيما لا تملك . وإنما

الذى يملك كل ذلك هو الولى . وإنه يؤخذ رأيها فى الزواج فقط لتعرف رضاها بالعقد فى بعض الحالات .

التوكيل بالزوج كتابة وعبارة

ولا يشترط فى التوكيل بالزواج أن يكون بالكتابة . بل يصح أن يكون التوكيل بالعبارة كما يجوز أن يكون بالكتابة . وكذلك لايشترط فيه الإشهاد عليه وقت صدوره ويستحسن أن يشهد الوكيل على أنه قد وكله فلان (الموكل) فى مباشرة عقد زواجه احتياطاً من الجحود عند النزاع .

سلطة الوكيل فى عقد الزواج

الوكيل بالزواج مقيد بالتصرف فيما فرضه فيه موكله . فإذا قيده بأن يزوج فلانة من فلان وكان للموكل ولاية على من عهد للوكيل بتزويجها ملك الوكيل حق التزويج مقيداً بما عهد به إليه موكله فلا يجوز من هو وكيل عن وليها إلى شخص غير من عينه وليها له فإن زوج الوكيل من وكل بتزويجه إلى شخص غير الذى عين له فى عقد الوكالة توقف نفاذ العقد على رضا الولى الموكل ؛ لأن الوكيل قد خرج بتصرفه عن حدود الوكالة فأصبح تصرفه تصرف الفضولى وعقد الفضولى عند الأحناف عقد صحيح موقوف على إجازة صاحب الشأن

ومن مسائل هـذا الباب : ما إذا وكل الرجل شخصاً فى أن يزوجه من امرأة معينة بمهر حدده له فزوجه الوكيل بالمرأة نفسها بمهر أكثر أو أقل ـ فنى هذه الحالة قال فقهاء الأحناف : إن الوكيل إذا خالف إلى خير الموكل بأن كان قد وكله فى الزواج من المرأة على مهر قدره مائة فزوجة على ثمانين فإن المخالفة هنا فيها خير للموكل ينعقد العقد نافذاً دون حاجة إلى إجازة

الموكل لأن من يرضى بالكثير يرضى بالقليل بطريق الأولى . أما إن خالف الوكيل بأن زوجه على أكثر من المهر المحدد فالعقد ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل .

ومن مسائل هذا الباب : ما لو خالف الوكيل من وكله فى الزواج فيما أمره به دون أن يعلم الموكل بالمخالفة فالعقد الآن هو عقد صادر عن فضولى فينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن وهو الموكل ؛ لأن الوكيل بمخالفته الموكل فيما أمره به صار فضولياً ، وعقد الفضولى موقوف على إجازة من هو صاحب الشأن فيه . ويستمر العقد فى هذه الحالة موقوفاً حتى ولو دخل بالمرأة . فإن علم بعد الدخول وإجاز اعتبر الدخول فى عقد صحيح ؛ لأن الإجازة تجعله صحيحاً من وقت صدوره وإن لم يجزه بطل واعتبر الدخول دخولا فى عقد فاسد فيترتب عليه ما يترتب على الدخول فى العقد الفاسد من وجوب الأقل من المسمى ومهر المثل . ويثبت به النسب ، وتجب به العدة . ولا تجب به النفقة ولا التوارث .

الوكالة المطلقة

الوكالة المطلقة بالزواج هى التى لم يقيد فيها الموكل وكيله لشخص بعينه ، أو بمهر محدد — بأن كان الموكل رجلا فوكل رجلا بأن يزوجه من أية امرأة شاءها وبأى مهر يراه ، أو كان الموكل امرأة فوكلت رجلا أو امرأة (أهلا للوكالة) بأن يزوجها من يرغب وعلى أى مهر يراه .

سلطة الوكيل وكالة مطلقة

يرى أبو حنيفة أن الوكيل وكالة مطلقة له أن يزوج موكله من يشاء ساوى مهر المثل أو زاد عنه ولو بغبن فاحش ؛ لأن التوكيل مطلق ولم يخرج

عن حدود ما وكل فيه . فينفذ تصرفه على الموكل بدون توقف على إجازته لعدم مخالفته .

ويرى الصاحبان أنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل فى الوكاله المطلقة دون توقف على إجازة الموكل أن تكون المرأة سليمة من العاهات والعيوب. ومكافئة للموكل ، وألا يكون مهرها أكثر من مهر مثلها بغبن فاحش . وعلل الصاحبان لذلك بأن التوكيل وإن كان مطلقاً لكن العرف قيده بالمرأة السليمة وبمهر المثل فقد جرى العرف على أن الرجل يريد الزواج دائماً ممن هى مكافئة له وبغير غبن له فى المهر وأنه قد يوكل من يبحث له عن مثل هذه الرغبة مستعيناً به لتحقيق تلك الرغبة فيكون التوكيل مقيداً بهذا المعنى : وهو الزواج من امرأة سليمة من العاهات والعيوب وبمهر المثل والمعروف عرفا كالمشروط شرطا . فإذا زوج الوكيل موكله من امرأة مكافئة له سليمة من العيوب والعاهات وبمهر المثل نفذ العقد دون توقف على إجازة الموكل حتى ولو كانت المرأة ممن لا تقبل شهادة الوكيل لها .

إذا كان الوكيل متهما

اتفق الإمام وصاحباه على توقف نفاذ عقد الزواج على إجازة الموكل إذا كان الوكيل متهما فى تزويج موكله . كما إذا زوجه بمن له الولاية عليها ، أو كان الوكيل امراة فزوجت نفسها من موكله ؛ لأن العادة جرت بأن يوكل الإنسان آخر ليتعاقد نيابة عنه مع الغير لا مع نفسه . لكن لو كانت المرأة التى زوجها الوكيل لموكله امرأة مكافئة لموكله ، خالية من العاهات ، والعيوب ومهرها هو مهر مثلها لكنها كانت ممن لا تقبل شهادته لها أى من أصله وفرعه لكنها ليست فى ولايته فالعقد موقوف على إجازة الموكل عند أبى حنيفة لكون الوكيل متهما فى محاباتها . ويرى الصاحبان أن العقد نافذ فى هذه الحالة

إذ لا محل للتهمة عند توافر هذين الأمرين الكفاءة ، والسلامة من العيوب ، وعدم الغبن فى المهر .

وإذا كان الموكل امرأة ، هى أهل الإنابة فى الوكالة المطلقة ينفذ عقد الوكيل إذا زوجها من كفء ، وبمهر المثل نفذ العقد عليها بدون حاجة إلى إجازتها سواء أكان لها ولى عاصب أم لم يكن . أما إذا زوجها الوكيل من غير كفء وكان لها ولى عاصب توقف العقد على إجازة وليها ، وإذا لم يكن الولى قد رضى بغير الكفء قبل الزواج فالعقد غير صحيح على الرأى المفتى به فى المذهب .

وإذا لم يكن للمرأة ولى عاصب فالزواج موقوف على إجازة المرأة — باتفاق الإمام وصاحبيه أما الإمام فهو يرى أن الوكالة المطلقة بالزواج إذا صدرت عن المرأة كانت مقيدة للوكيل بالزواج من الكفء لأن المرأة تعير بالزواج من غير الكفء . بخلاف الرجل فإن المرأة لا يشترط أن تكون كفئا بالنسبة له. فله أن يتزوج بمن يشاء ولو كانت غير مساوية له فى الأمور المعتبرة شرعاً فى الكفاءة .

ولو كانت الوكالة صادرة من المرأة للوكيل وكانت وكالة مطلقة فزوجها بأقل من مهر مثلها نفذ العقد عند الإمام دون توقف على إجازتها ولو كان الغبن فى المهر غبناً فاحشاً . وتوقف على إذنها عند الصاحبين لأن الوكالة المطلقة بالزواج مقيدة عرفاً بالزواج من الكفء وبمهر المثل كما توقف العقد على إجازة ولى المرأة إن وجد .

انتهاء الوكالة بالزواج

الوكيل بالزواج سفير ومعبر عن الموكل فإذا أتم عقد الزواج انتهت

وكالته . وكل حقوق عقد الزواج ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل إلا إذا ضمن وكيل الزوج الموكل فى أمور الزوجية . فتطالبه الزوجة بمقتضى ضمانه لا بمقتضى وكالته

حقوق الزوجية

حق الزوج :

للزوج حقوق على زوجته يجب عليها مراعاتها وأهم هذه الحقوق هى الطاعة ـ القرار فى منزل الزوجية ـ التأديب .

حق الطاعة:

الزوج هو رب البيت وهو قائد الأسرة والمسئول عنها فهو الراعى لزوجته وأولاده والمسئول عنهم إذ كل راع مسئول عن رعيته وقد وهب الله الرجل قدرة طبيعية على التحمل أكثر من المرأة ولذا فعليه أن يعمل خارج البيت ليهيء من عمله ما تستقر به حياة بيته ويصلح به حال أسرته وله على زوجته حق الطاعة فيما هو من شئون الحياة الزوجية فى غير ما نهى الله عنه فلا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق فكما للمرأة حق النفقة على زوجها وحسن المعاملة والعدل ، وانتمتع به كذلك عليها واجب الطاعة لزوجها وقد بين القرآن ذلك فى قوله جل وعلا : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم »[1] فللزوج درجة على زوجته هى درجة الرئاسة والقوامة على شئون الزوجية وأمور البيت ورعاية الأولاد « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من

---

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة .

أموالهم ، (١) وقد أكد قانون طاعة الزوجة لزوجها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة ماتت وزوجها عنها راض دخلت الجنة (٢) . وروى أن امرأة قالت يا رسول الله : أنا وافدة من النساء إليك ثم ذكرت ما للرجال فى الجهاد من الأجر والغنيمة . ثم قالت : فما لنا من ذلك ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « أبلغى من لقيت من النساء أن طاعة الزوج ، واعترافا بحقه يعدل ذلك ، وقليل منكن من يفعله » .

قرار الزوجة فى منزل الزوجية

أوجب الشارع على المرأة أن تطيع زوجها فى طلبه الإقامة معه فى المسكن الذى يعده لها حتى أوفاها عاجل صداقها وكان المسكن المعد لها من قبله مسكنا شرعيا تأمن فيه على نفسها ومالها تتوافر فيه أسباب الراحة والاستقرار . والزم الشارع المرأة أن تقر فى منزل الزوجية متى كان صالحا للاقامة فيه من الوجهة الشرعية . وأن عليها ألا تخرج منه إلا للضرورة كالخروج لأداة فريضة الحج بصحبة رحم محرم أو لزيارة والديها مرة كل أسبوع وكذلك إذا مرض أحد أبويها فلها أن تخرج لزيارتهما ولو بدون إذن زوجها وذلك إذا كان الأب المريض فى حاجة إلى من يقوم برعايته وليس له أحد يقوم بخدمته سواها ، فحق الوالد مقدم على الزوج عند التعارض وعلى المرأة أن تحافظ على شرفها وشرف زوجها وأن تحافظ على كرامتها ، فهى راعية على بيت زوجها وكل راع مسئول عن رعيته .

التأديب :

للزوج حق تأديب زوجته بالمعروف أخذا من قوله تعالى . « واللاتى

(١) الاية رقم ٣٣ من سورة النساء .

(٢ ، ٣) نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ ص ١٧٦ .

تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن . فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان علياً كبيراً » (١) .

طرق التأديب :

للتأديب طرق عدة تختلف باختلاف طبائع النساء وبيئتهن ولذلك كانت وسائل تأديب الزوجة هى .

أولا : الموعظة الحسنة فهناك من النساء من تكفيها الإشارة ، أو الكلمة أو الذنب الصغير والرجل أدرى بما يؤثر فى زوجته .

ثانيا : الهجر فى المضجع ويفسر بعض الفقهاء الهجر الوارد فى قوله تعالى « فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن » بأن يبيت الزوج فى حجرة غير الحجرة التى تنام فيها الزوجة . وقال الألوسى (٢) فى تفسير قوله تعالى . « واهجروهن فى المضاجع أى مواضع الاضجاع . والمراد . اتركوهن منفردات فى مضاجعهن ، فلا تدخلونهن تحت اللحف ، ولا تباشروهن فيكون الكلام كفاية عن ترك جماعهن وإلى ذلك ذهب جبير .

وقيل المراد اهجروهن فى الفراش ، بأن تولوهن ظهوركم فيه ، ولا تلتفتوا إليهن » ، وروى ذلك عن أبى جعفر ، رضى الله تعالى عنه ، ولعله كناية أيضا عن ترك الجماع .

ثالثا — الضرب — وقرر الفقهاء بأن الضرب المباح هو الضرب غير

---

(١) الاية ٣٥ من سورة النساء .

(٢) روح المعانى للالوسى جـ٥ ص ٣٨ ، ٣٩ .

المبرح وقد اخرج ابن جرير عن حجاج عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يفيد ذالك ـ وحدد الضرب المباح بالضرب الذى لا يقطع لحما ، ولا يكسر عظما ، وعن ابن عباس أنه الضرب بالسواك ونحوه ويقول الألوسى أيضا . والذى يدل عليه السياق ، والقرينة العقلية أن هذه الأمور الثلاثة مرتبة . فإذا خيف نشوز المرأة تنصح ، ثم تهجر ، ثم تضرب . إذ لو عكس ،واستغنى بالاشد عن الأضعف لجازذلك ، فالواو لا تدل على الترتيب ، وكذا الفاء (فعظوهن) لا دلالة لها على أكثر من ترتيب المجموع فالقول بانها أظهر الأدلة على الترتيب ليس بظاهر .

الحالات التى يجوز فيها التأديب بالضرب :

وذكر بعض الفقهاء حصر الحالات التى للزوج أن يضرب فيها زوجته وحددها بأربع خصال ، وما هو فى معنى الأربع وهى . ترك الزينة والزوج يريدها . وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشه وترك الصلاة فى رواية ، والغسل ، والخروج من البيت إلا لعذر شرعى . وقيل للزوج ضرب زوجته إن أغضبته . فى أسماء بنت أبى بكر رضى الله تعالى عنه . قالت . كنت رابعة نسوة عند الزبير بن العوام رضى الله تعالى عنه . فإذا غضب على واحدة منا ضربها بعود المشجب حتى يكسره عليها . والأفضل أن يصبر الرجال على تحمل أذى النساء ولا يضربوهن إلا لداع قوى . فقد أخرج ابن سعد والبيهق عن أم كلثوم بنت الصديق رضى الله تعالى عنه قالت : « كان الرجال نهوا عن ضرب النساء ثم شكوهن إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخلى بينهم وبين ضربهن ثم قال . « ولن يضرب خياركم » .

الضرب الشائن لا يجوز

وقد أوضحنا أن الضرب الشائن لا يجوز فلا تضرب المرأة بعصيانها ضربا شديداً ولا شائناً فى السنة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب

الناس فى حجة الوداع فحمد الله وأثنى عليه، وذكر ووعظ ثم قال استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عوان (١) عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح فإن طعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا (٢) .

رد شبهة

فهم بعض الناس أن الضرب وسيلة لا تتفق مع التحضر والرقى الذى وصل المجتمع البشرى وأنه يتنافى مع احترام المرأة وتقديرها . وقد فات هؤلاء الناس أن الضرب ليس هو كل ما شرعه الإسلام من علاج لعصيان المرأة بل هو واحد من وسائل ثلاث . عظة، وهجر ثم ضرب . وأنه قد رتب فجعل فى آخر مراحل التأديب . وعلى هؤلاء الناقدين أن يفهموا أن الناس أصناف وأنواع وإن علاج كل صنف يختلف من علاج صنف غيره . وإن الإسلام ليس تشريعا لإقليم ولا لطائفة أو بيئة خاصة . وإنما هو تشريع عام لكل الناس ولجميع البيئات فلابد أن يضع من العلاج ما يصلح للتطبيق فى كل عصر ويتناسب وفق كل بيئة وطبيعة فهو دين الخلود وهو دين كل المخلوقات .

إساءة استعمال حق التأديب

وإذا أساء الزوج استعمال حق التأديب بالنسبة لزوجته كان معتديا وكان للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبينه فإن لم يستجب الزوج لطلاقها طلقها عليه القاضى متى ثبت شرعا ما تدعيه . وهذا هو الطلاق للضرر فالضرر يزال، ولا ضرر ولا ضرار .

---

(١) العوان جمع عانية والعانية الأسيرة ـ والمعنى ان النساء عند الرجال ضعيفات بمنزلة الأسرى .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٧٩ .

حقوق الزوجة على زوجها :

تجب للزوجة على زوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح النـــافذ اللازم الأمور الآتيــة :

١ — المهر ـ النفقة ـ العدل وحسن المعاشرة .

المهر :

إذا تم عقد الزواج صحيحاً نافذاً فإما أن يسمى للمرأة مهر ، أو لا يسمى . فإذا ما سمى لها فى العقد مهر وجب المسمى بالدخول أو الخلوة الصحيحة ، أو الوفاة ـ وإذا طلقت المرأة قبل الدخول وجب لهـا نصف المهر المسمى ـ وإذا تزوجت المرأةدون أن يسمى المهر فى العقد فلهـا مهر المثل ـ وتفصيل هذه الأحكام كلها يأتى فيما بعد عند كلامنا على المهر .

النفقة :

إذا تم عقد الزواج صحيحاً نافذا وجب للمراة على زوجهـا النفقة بجميع أنواعها ما لم تمتنع عن طاعته بغير حق « لينفق ذو سعة من سعته » وتفصيل هذا الموضوع فيما بعد فى باب النفقات .

العدل بين الزوجات :

أوجب الشـارع على الأزواج أن يعدلوا بين زوجاتهم فيسوى بينهن فى المعاملة ، والنفقة ، والمبيت ، وفى كل ما يمكن المساواة فيه ـ أما الميل القلبى فهذا مالا يمكن التـكليف به لأنه ليس فى مقدور الإنسان « لا يكلف الله نفساً إلا وسعها » . وقد قال الرسول صلوات الله وسلامه عليه : « اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ، ولا أملك » . والدليـل علي وجوب العدل بين

الزوجات قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى ، وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، فقد أوجب الله تعالى الاقتصار على الواحدة عند خوف الجور فيعلم من ذلك وجوب العدل عند التعدد والعدل الواجب بين الزوجات هو العدل الذى يستطيعه الإنسان وفى قدرته أن يحققه وهو التسوية فى المعاملة ، وفى الحقوق ، والواجبات الزوجية ، وهذاهو المشروط تحقيقه لإباحة التعدد . فإذا اعتقد الشخص ، وغلب على ظنه أنه لن يعدل بين من يتزوجهن وجب عليه الإقتصار على زوجة واحدة وعلى هذا فمن تزوج امرأة ، ثم تزوج بأخرى وسوى بينهما فى القسم فأعطى لكل واحدة أياماً مساوية للأخرى فى المبيت عندها . كان ممتثلا للأمر بالعدالة بينهن.

القسم بين الزوجات واجب :

والقسم بين الزوجات واجب بلا فرق بين فحل ، وخصى ، وعنين ، ومجبوب ، ومريض بمعنى أنه إذا صح وعوفى من مرضه عليه أن يذهب إلى الزوجة الأخرى فيقيم عندها ليالى بقدر الليالى التى أقامها وهو مريض عند الزوجة الأولى . إذا أراد جعل مدة مرضه دورا — وإلا فمدة المرض هدر ولا تحسب دورا يجب العدل بين الزوجات فى مقدارها .

وسوى فقهاء الأحناف فى وجوب القسم بين الزوجات بين الزوج البالغ والصبى المراهق الذى بلغ سن الدخول ؛ لأن سبب وجوب القسم هو عقد النكاح يستوى فى ذلك الزوجات المدخول بهن ، وغير المدخول بهن — والقسم واجب بالنسبة للزوجة المريضة ، والصحيحة ، والحائض ، والنفساء والمجنونة التى لا خوف على الزوج من معاشرتها ؛ بأن كانت لا تضرب ، ولا تؤذى وعلل الأحناف لذلك بقولهم : إن المجنونة التى لا تخاف (بضم التاء) بأن كانت لا تضرب ، ولا تؤذى يجب لها النفقة على زوجها ،

والسكنى ، وإلا فهى فى حكم الناشزة . كذلك يجب القسم للزوجة الرتقاء ، والقرناء ، والصغيرة المراهقة التى يمكن وطؤها — وللزوجة المحرمة بحج ، أو عمرة أو بهما .

المطلقة رجعياً :

ويرى فقهاء الحنفية أن للزوجة المطلقة رجعياً حق القسم إذا قصدالزوج رجعتها وإلا لا .

الإجبار على القسمة بين الزوجات :

يرى الأحناف أن على القاضى إجبار الزوج على العدل بين زوجاته فى القسم إذا ظهر منه أنه لا يعدل بينهن . وأن أمر القاضى للزوج يكون بعد طلب الزوجة منه وشكواها إليه أن زوجها لا يعطيها حقها فى القسم وللقاضى حق تعزير الزوج إذا امتنع عن العدل وخالف نهى القاضى له عن مخالفة الشارع فى العدل بين زوجاته .

الحبس جزاء الزوج المخالف :

للقاضى سلطة التعزير بحبس الزوج الذى لم تفلح معه العقوبات التأديبية الأخرى من ضرب وشتم عقوبة ، وإذا أمره بالعدل ثم ظل مرتكباً لجريمة الجور . فإن القاضى يحبس هذا الزوج تعزيراً .

لا قسم فى السفر :

للسفر أحكام مستثناة من حالات الإقامة ومنها أنه لا يجب على الزوج القسم بين زوجاته فى السفر ؛ لأنه لا يتيسر له ذلك إلا بحملهن معه ، وفى إلزامه ذلك من الضرر مالا يخفى ، ولأنه قد يثق بإحدى زوجاته فى السفر ،

والأخرى فى الحضر ، والقرار فى المنزل لحفظ الأمتعة ، أو لخوف الفتنة أو يمنع من سفر إحدى زوجتيه مرض خلق كسمنة مفرطة . ولذلك قال فقهاء الحنفية ، بأن للزوج أن يسافر بمن شاء من زوجاته دفعا للحرج عنه ، وقالوا أيضاً : أن القرعة أحب تطييباً لقلوبهن . وقال الشافعية : إن القرعة بين الزوجات إذا أراد الزوج سفرا لاختيار من تصحبه منهن هو أمر مستحق واستدل لذلك بما رواه الجماعة من أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرج سهمها خرج بها معه . ـ وقال الأحناف أن ذلك كان على طريق الاستحباب تطييبا لقلوب الزوجات ؛ لأن مطلق الفعل لا يقتضى الوجوب ، ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن القسم واجباً عليه.

القرعة غير ملزمة :

وتأكيد لأن مبدأ إجراء القرعة بين الزوجات لاختيار من تصحب زوجها فى سفره غير ملزم قال الأحناف إن للزوج إذا أجرى قرعة بين زوجاته وخرج سهم إحداهن أن له أن يسافر مع غيرها ولا يلزمه السفر مع من خرج سهمها ووقعت القرعة عليها .

للمرأة التنازل عن قسمتها :

وقال الأحناف إن للمرأة أن تتنازل عن نوبتها لضرتها ، ولها الرجوع عن ذلك فى المستقبل ؛ لأنه القسم حقها لم يجب بعد فلم يسقط بإسقاطها .

التسوية فى الجماع غير واجبة :

التسوية بين الزوجات فى النفقة والبيتوتة والصحبة فالعدل الوارد فى قوله تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » المراد به عدم الجور أما التسوية فى المجامعة فغير واجبة بل يستحب لأنها تبتنى على النشاط ويسقط حق المرأة

فى الجماع بمرة واحدة — لكن الزوج مطالب ديانة بتكرار جماع زوجته إعفافاً لها . لكن لا يدخل تحت القضاء والإلزام إلا الوطأة الأولى .

قال صاحب البدائع : « ولها أن تطالبه بالوطء لأن حله لها حقها ، كما أن حلها له حقه . وإذا طالبته يجب عليه . ويجبر عليه فى الحكم مرة . والزيادة تجب ديانة لا فى الحكم عند بعض أصحابنا ، وعند بعضهم تجب عليه فى الحكم » .

هذا وقد مر عمر رضى الله عنه ليلا فسمع امرأة تقول :

فو الله لولا الله تخشى عواقبه

لزحزح من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها فإذا زوجها فى الجهاد فسأل بنته حفصة : كم تصبر المرأة عن الرجل فقالت : أربعة أشهر . فأمر أفراد الأجناد أن لا يتخلف المتزوج عن أهله أكثر منها .

ولهذا : يرى العلماء أن على الرجل أن لا يترك زوجته دون معاشرة .

حسن المعاملة :

ومن الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها أن يحسن معاملتها عملا بقوله تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » وقوله : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (١) » والمعاشرة بالمعروف أن يحسن إليها بالقول والفعل بمعنى أن يعاملها بما يجب أن يعامل هو به . وقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على حسن معاشرة الزوجة بقوله : « إتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم

---

(١) الاية رقم ٢٢٩ سورة البقرة .

استحللتم فروجهن بكلمة الله » وقال صلوات الله وسلامه عليه فى هـذا المعنى أيضاً : « خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلى » فعلى الزوج إلا يسىء إلى زوجته قولا أو عملا فلا يخاطبها بغلظة بل يكون فى حديثه معها حديث الإنسان الرقيق لشريك حياته التى هى لباس له وهو لباس لها — ولا يضربها بلا سبب مشروع ولا يستأثر دونها بلذيذ الطعـام والشراب ولا يظهر وداً لغيرها فى حضرتها وبالجملة فلا يمسكها ضراراً فإنه ان ضارها فقد إعتدى ومن إعتدى فقد ظلم نفسه . وعليه قدر إمكانه إذا كانت أكثر من زوجة أن يعدل بينهن فالرسول صلى الله عليه وسلم يقول : « فمن كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » ويقول صلى الله عليه وسلم فى هـذا الباب أيضاً : « إن المقسطين على مقابر من نور عن يمين الرحمن — وكلتا يديه يمين — الذين يعدلون فى حكمهم ، وأهليهم، وما ولوا » .

المهر وأحكامه

المهر له أسماء أخرى منها : الصداق ، والنحلة ، والعطية ، والعقر . وفى باب الاستيلادمن الجوهرة نقلا عن الإمام السرخسى . العقرفىالحرائر . مهر المثل ، وفى الإماء : عشر قيمة الأمه إن كانت بكراً ، ونصف عشر قيمتها إن كانت ثيباً .

ومن أسماء المهر أيضا : الأجر ، والعلائق ، والحباء . وقد جمع بعضهم أسماء المهر فى قوله :

صـداق ، ومهر ، نحلة وفريضة

حبـاء وأجر ، ثم عقر ، علائق

ولم يذكر فى البيت السابق العطية ، والصدقة .

تعريف المهر :

عرف المهر صاحب العناية بأنه اسم للمال الذى يجب فى عقد النكاح على الزوج فى مقابلة البضع إما بالتسمية ، أو بالعقد . واعترض على هذا التعريف بأنه غير شامل لما يجب بالوطء بشبهة ، وعرفه بعض الأحناف بأنه إسم لما تستحقه المرأة بعقد النكاح والوطء .

الحد الأدنى للمهر :

قدر فقهاء الأحناف الحد الأدنى للمهر بأنه ما يساوى عشرة دراهم فضة وزن سبعة مثاقيل مضروبة كانت أو غير مضروبة . ولو كانت ديناً فى ذمتها ، أو فى ذمة غيرها كما لو تزوجها على أن مهرها عشرة دراهم فى ذمة زيد فإن العقد يصح وتأخذ الزوجة العشرة دراهم المذكورة من أيهما شاءت من زوجها أو من المديون فإن اتبعت المديون أجبر الزوج على أن يوكلها بالقبض منه .

كذلك يجوز أن يكون المهر عرضاً قيمته عشرة دراهم والمعتبر هو قيمته وقت العقد فلو صارت العشرة يوم التسليم ثمانية فليس لها إلا هذا المقدار ولو كان على عكسه لها العرض المسمى ودرهمان . ولا فرق فى ذلك بين المكيل والموزون وبين الثياب ، لأن ما جعل مهراً لم يتغير فى نفسه ، وإنما التغيير فى رغبات الناس .

الدليل :

إستدل الأحناف لرأيهم على تقدير الحد الأدنى للمهر بعشرة دراهم فضة بما رواه البيهقى بسند ضعيف ، ورواه ابن أبى حاتم وقال الحافظ ابن حجر إنه بهذا الإسناد حسن من أنه صلى الله عليه وسلم قال : « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجن إلا من الأكفاء ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم »

كما استدل الأحناف بحديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لاقطع فى أقل من عشرة دراهم ، ولا مهر أقل من عشرة دراهم » .

وجه الاستدلال

واضح من الحديث أن أقل ما يفرض مهراً للمرأة هو عشرة دراهم أو ما يساويها . وأن أقل من ذلك لا يعتبر مهرا . وبذلك النص النبوى تحدد المقدار الأدنى للمهر .

دفع اعتراض

وقال الأحناف إن ما ذكر من أحاديث تفيد أن الرسول حدد مقداراً للمهر أقل من عشرة دراهم فضة مثل قوله . التمس ولو خاتماً من حديد» فهو محمول على أن هذا فى المقدار المعجل للمرأة وذلك هو العادة عند الناس من تعجيل بعض المهر قبل الدخول ؛ حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم لها شيئا تمسكا بمنعه صلى الله عليه وسلم عليا أن يدخل بفاطمة رضى الله عنها حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لى شىء فقال :« أعطها درعك » فأعطاها درعه ثم دخل بها رواه أبو داود والنسائى ومعلوم أن الصداق كان أربعمائة درهم وهى فضة .

جواز الدخول قبل قبض المهر

والمختار أن للمرأة أن يدخل بها زوجها قبل أن تقبض معجل صداقها لما روته عائشة رضى الله عنها فقد روى أنها قالت : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا . رواه أبو داود. وحمل أصحاب هذا الرأى الأحاديث الدالة على منع الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئاً من الصداق على أن الأمر بالإعطاء هو للندب لا للوجوب أى أنه

يندب أن يدفع الزوج لزوجته شيئا من المهر قبل البناء بها إدخالا للسرة عليها تألفاً لقلبها ولا معارضة فى ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : (التمس ولو خاتما من حديد) لأنه صلوات الله عليه وسلامه عليه قال بعد ذلك لهذا الصحابى الذى خاطبه بقوله : « التمس ولو خاتما من حديد » قال له بعد ذلك القول « زوجتكها بما معك من القرآن » »

المهر ليس شرطا فى صحة العقد

قال الكمال ابن الهمام (١) إن المهر شرع إبانة لشرف العقد وإظهار خطره . . . إذ لم يشرع بدلا كالثمن والأجرة وإلا لوجب تقديم تسميته . . . فتبين أن المهر حكم العقد ، فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه ، كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره » ومن هذا القول نرى أن فقهاء الحنفية يرون أن المهر ليس ركنا من أركان الزواج ، ولا شرطا من شروطه بل هو حكم من أحكامه المترتبة عليه بعد تمامه فيصح عقد الزواج مستعقبا لآثاره ، وإن لم يسم مهر فى العقد أصلا أو سمى فى العقد ما لا يصلح مهرا ، أو نفى المهر فى العقد فالعقد فى كل هذه صحيح ويلغى كل شرط يخالف مقتضاه وموجبه .

الدليل

وقد استدل لما تقدم بالكتاب والأثر .

الكتاب

أما الكتاب فقوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة (٢)

(١) ابن عابدين ج٢ ص ٤٥٣ .

(٢) فتح القدير على الهداية ج ١ ص ٤٣٤ .

وجه الاستدلال (١)

أبان الله فى الآية أنه يجوز للأزواج طلاق الزوجات اللاتى لم تمس ، واللاتى لم يفرض لهن فريضة أى (مهراً) وأنه لاإثم فى هذا العمل فدل ذلك على أن عقدالزواج يتم صحيحاً ولو لم يسم فيه مهر . فالطلاق لايكون إلا من زوج ولا محل له إلا زوجة ـ ولا يوصف الرجل بأنه زوج والمرأة بأنها زوجة إلا إذا كانا قد تزوجا بعقد صحيح ، فدل ذلك على أن صحة العقد لا تتوقف على تسمية المهر ومفاد ذلك أن المهر ليس ركناً ، ولا شرطاً فى عقد الزواج؛ لأن الشيء لا يوجد بدون ركنه أو بدون شرطه وقد جاء العقد بدونه .

الأثر :

روى أن امرأة مات عنها زوجها ، ولم يكن قد فرض لها مهراً ولا دخل بها فسئل عبد الله بن مسعود عما يجب لهذه المرأة . فقال : أقول فيها برأيى فإن كان صواباً فمن الله وإن كان خطأ فمنى ومن الشيطان : أرى لها مهر مثلها ، لا وكس ، ولا شطط . فقام رجلان وقالا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى امرأة يقال لها : بروع بنت واشق ، كما قضيت ، فسر ابن مسعود بذلك سروراً لم يسر مثله قط بعد إسلامه ، لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم .

سبب وجوب المهر

سبب وجوب المهر أحد أمرين هما : —

١ — العقد الصحيح .

---

(١) الآية رقم ٧٦ من سورة البقرة .

٢ — الدخول بالمرأة وذلك فى الزواج الفاسد ولتفصيل ذلك نقول :

إذا تم عقد الزواج صحيحاً وجب المهر المسمى على الزواج إن دخل بالزوجة ، أو مات عنها ، لأنه بالدخول يتحقق تسلم المبدل وبه يتأكد لزوم البدل وهو المهر فإنه كان قبل الدخول لازماً لكن كان على شرف السقوط بارتدادها ، أو بتقبيلها ابن زوجها بشهوة . وبموت الزوج ينتهى النكاح نهايته حيث لم يبق قابلا للرفع ، والشىء بانتهائه يتقرر ، ويتأكد ؛ لأن انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن إلزامها ، من المهر . والإرث ، والنسب — وكذلك يكون الحكم إذا ماتت الزوجة أيضاً حيث يرث مهرها ورثتها كما تورث سائر أموالها [1] .

وإذا دخل الرجل بمن تزوجها زواجاً فاسداً [2] وفرق القاضى بينهما فللمرأة مهر مثلها لا يزاد على المسمى . وعند زفر يجب مهر المثل بالغاً ما بلغ ولو زاد على المسمى .

وحجة الرأى الأول ـ وهو الرأى المعول عليه فى المذهب ـ أن المستوفى بالدخول بالمرأة وهو منافع البضع وليس بمال (حتى يقاس بالبيع الفاسد حيث تجب فيه القيمة إذا امتنع الرد) وكل ما ليس بمال ليس بمتقوم وإنما يتقوم منافع البضع بالتسمية . فإن زاد المسمى على مهر المثل لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية ، وإن نقص لم تجب الزيادة على المسمى لعدم تسمية الزيادة على المسمى لأنها لم تسم الزيادة فكانت راضية بالحط مسقطة حقها فى الزيادة إلى تمام المهر .

---

(١) فتح القدير على الهداية والعناية على الهامش جـ ٢ ص ٤٣٨ .

(٢) مثال النكاح الفاسد : النكاح بلا شهود ، ونكاح الأخت فى عدة الأخت فى الطلاق البائن ، ونكاح الخامسة فى عدة الرابعة ونحو ذلك .

أما زفر رحمه الله فقد قال إن مهر المثل هو موجب أصلى سببه الدخول بالمرأة فى العقد الفاسد لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها » (١) .

ما يصلح مهراً وما لا يصلح

ذكرنا أن الحد الأدنى للمهر فى رأى الأحناف هو عشرة دراهم ـ فضة ـ وإن المهر مشروع بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين (٢) وبقوله تعالى : « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » (٣) وقوله تعالى : « قد علمنا ما فرضنا عليهم فى أزواجهم » (٤) وقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » . (٥) وبذلك كان للشرع حق فى المهر ولذا يصلح أن يكون مهراً المال المتقوم المعلوم علماً ليس فيه جهالة فاحشة ويستوى فيه أن يكون عقاراً أو منقولا : كما يجوز أن تكون المنفعة مهراً إذا كانت من المنافع التى يستحق فى مقابلها المال كسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، أما المنفعة التى لا يستحق فى مقابلها المال فإنها لا تصلح أن تكون مهراً . فلو سمى الزوج لزوجته مهراً هو أن لا يتزوج عليها ، أو أن يطلق ضرتها كان للزوجة مهر مثلها على ما سيأتى بيانه فيما بعد وكذلك لو سمى لها ما ليس بمال ، أو ما كان مالا عند غير المسلمين كخمر ، أو خنزير .

---

(١) فتح القدير على الهداية جـ ٢ ص ٤٥٠ ، ٤٦٩ ، ٤٧٠ .

(٢) الآية رقم ٢٤ سورة النساء .

(٣) الآية رقم ٤ من سورة النساء .

(٤) الآية رقم ٥٠ من سورة الأحزاب .

(٥) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة .

تعيين المهر :

إشترط الأحناف فى المهر أن يكون معلوماً علماً تلتفى معه الجهالة وذلك بالإشارة إليه أو بتعيين جنسه ، ونوعه ، ومقداره إن كان مما يحتاج فى تعيينه إلى بيان المقدار فمن جعل مهر زوجته فرسا ولم يصفه أو ثوباً من الصوف ، أو الحرير صحت التسمية لأن الجهالة هنا ليست فاحشة وعليه النوع الوسط من المسمى أو قيمته — وتضر الجهالة الفاحشة كأن يتزوج على مهر هو ثوب ولم يحدد نوعه ، أو يجعل مهرها حيواناً ولم يذكر جنسه فهذه حالة تؤدى إلى النزاع بين الزوجين . فتلغو التسمية ويجب مهر المثل .

انواع المهر

١ — المهر المسمى

قد يسمى الزوج مهراً - فإن كانت التسمية صحيحة بأن سمى مايصلح مهراً ، ورضيت بالتسمية الزوجة وتم العقد بينهما على هذا الأساس كان الواجب هو المسمى وكذلك الحال لو فرض الزوج لزوجته مهرا بعد العقد عليها وكان العقد قد خلا من تسمية المهر ورضيت الزوجة بالمهر المسمى .

وهذا هو النوع الأول من نوعى المهر .

٢ — مهر المثل

لكن قد ينسى الزوج تسمية المهر ويتم العقد دون ذكر له ، أو يسمى لها مالا يصلح مهرا .

وهنا يجب النوع الثانى من نوعى المهر وهو مهر المثل وهو مهر امرأة تماثل الزوجة من أسرة أبيها كأختها ، وعمتها ، وبنت عمتها . ولا يعتبر مهر المثل بمهر أمها ، ولا خالتها . إذا لم تكونا من قوم أبيها .

ويشترط فى مهر المثل تساوى المرأتين وقت العقد سناً ، وجمالا ، ومالا وبلداً ، وعقلا وعلماً ، وأدباً ، وبكارة ، وثيوبة وفى عدم الولد ؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف فلا بد من أن تكون المرأتان متماثلتين تقريباً فى هذه الأوصاف حتى يقدر مهر إحداهما بمهر الأخرى عند عدم تسمية المهر فى العقد أو عند فساد تسميته . فإذا تعذر التماثل بين الزوجة وبين امرأة من أسرة أبيها اعتبر مهرها بمهر امرأة تماثلها فى أوصافها من أسرة أخرى كأسرة أبيها فى المكانة أو المنزلة كذلك يراعى فى تقدير مهر المثل حال الزوج بأن يكون مثل أزواج أمثالها من قومها فإن ذا الفضل يتسامح معه فى المهر بما لا يتسامح مع غيره لرغبة الناس فى مصاهرة الشرفاء الفضلاء .

المهر حق لله كما هو حق للزوجة

وتقدير مهر للزوجة وفرضه لها ابتداء هو من حق الشرع فقد أوجبه الشارع ، ولا يملك أحد إسقاط وجوبه أصلا ، ولا إنقاص قدره عن عشرة دراهم فضة كما بيناه .

وللزوجة وأوليائها حق فى وجوب فرض مهر للزوجة لا يقل عن مهر المثل إلا إذا تنازلت الزوجة وأولياؤها عن هذا الحق ورضوا بالحط منه فهو حق مشترك بينهما — ويصبح المهر حقاً خالصاً للزوجة بعد وجوبه وتقرره فى ذمة الزوج ؛ وذلك بعد تمام الزواج مستكملا لأركانه وشروطه الشرعية فتتصرف فى مهرها وحدها لا يشاركها فى ذلك أحد كما تتصرف إذا كانت عاقلة بالغة فى سائر أموالها دون أن يكون لأحد من أوليائها حق الاعتراض عليها .

الأحوال التي يجب فيها المقدار الأدنى للمهر

يجب عشرة دراهم إذا سمى فى العقد مهر أقل من عشرة دراهم قضاء لحق الشرع وهو ألا يقل المهر عن عشرة دراهم ـ فرضا العاقدين بما دون العشرة لا يسقط حق الشرع فى أن يكون الحد الأدنى للمهر عشرة دراهم . وقال زفر إذا سمى فى العقد أقل من عشرة دراهم فالواجب مهر المثل لا العشرة لأن مهر المثل هو الموجب الأمثل لعقد النكاح عند عدم التسمية الصحيحة ، أو عند انعدام التسمية وإذا سمى أقل من عشرة دراهم كان كمن سمى ما لا يصلح مهراً فيصار إلى الموجب الأصلي وهو مهر المثل . . . وإذا سمى فى العقد عشرة دراهم ورضيت الزوجة ووليها بذلك المسمى وجب هذا المقدار .

وجوب مهر المثل

يجب مهر المثل فى الحالات الآتية :

١ — إذا سمى فى العقد ما لا يصلح مهراً أصلا كأن يتزوجها على خمر أو خنزير ، فيصح العقد ويجب مهر المثل .

٢ — إذا تزوجها على أن لا مهر لها ـ فهذا اتفاق باطل ويصح العقد ويجب مهر المثل .

٣ — إذا تزوجها دون أن يسمى لها مهراً ـ وتسمى المرأة فى هذه الحالة بالمفوضة بكسر الواو وتشديدها ؛ لأنها فوضت أمرها فى مهرها لزوجها أو وليها ـ فإن تراضيا على مهر سمياه بعد ذلك ورضى به وليها كان لها المسمى . وإلا فلها مهر مثلها .

٤ — إذا شرط لها مهراً ومنفعة لها ولم يوف بالشرط كأن يتزوجها على ألف على أن لايخرجها من البلد ، أو على أن لايتزوج عليها فإن وفى بالشرط

فلها المسمى لأنه سمى ما يصلح أن يكون مهراً لها ، وقد تم رضاها به وإن تزوج عليها أخرى ، أو أخرجها من بلدها فلها مهر مثلها ؛ لأنه سمى مالها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بألف فيكمل لها مهر مثلها .

٥ — كذلك يجب مهر المثل عند أبي حنيفة إن ذكر مقدارين للمهر وعلق أحدهما على شرط وأوجب التالى عند الوفاء بهذا الشرط - كما إذا قال لها تزوجتك على ألف إن أقمت بك فى بلدتك وعلى ألفين إن أخرجتك منها فإن أقام بها فلها الألف التى سماها لها فى العقد . وإن أخرجها من بلدها فلها مهر مثلها لا يزاد على ألفين ، ولا ينقص عن ألف .

وقال الصاحبان (أبو يوسف ومحمد) : للمرأة ما شرط لها فى العقد فالشرطان جائزان فلها الألف إن أقام بها ، والألفان إن أخرجها .

وقال زفر : الشرطان فاسدان ، وللمرأة مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين .

وجوب الأقل من مهر المثل ومن المسمى

وفى حالة العقد الفاسد إذا دخل الرجل بالمرأة يجب لها مهر مثلها لا يزاد على المسمى فإذا كان مهر مثلها أكثر من المسمى فلها المسمى فقط ، وإذا كان المسمى أكبر من مهر مثلها فلها مهر مثلها والخلوة فى النكاح الفاسد لا يتقرر بها المهر فإذا طلقت قبل الدخول وبعد الخلوة فلا مهر لها لأن الخلوة فى النكاح الفاسد لا تقام مقام الوطء بخلاف النكاح الصحيح[١] .

ولو تكرر الجماع فى النكاح الفاسد لم يلزم الزوج سوى مهر واحد -

---

(١) فتح القدير جـ ٢ ص ٤٦٨ ، ٤٧٠ .

وعلى المرأة الموطوءة من نكاح فاسد أن تعتد بعد تفريق القاضى لهما إلحاقاً للشبهة بالحقيقة فى موضع الاحتياط[١] .

تأكد وجوب المهر كله أو وجوب نصفه

يتأكد وجوب المهر كله بأمر من الأمور الآتية :

١ — الدخول الحقيق بالزوجة فى العقد الصحيح .

٢ — بالخلوة الشرعية الصحيحة فى الزواج الصحيح .

٣ — بموت أحد الزوجين قبل الدخول وقبل الخلوة أو بعدهما من باب أولى

ويجب المهر بدخول الرجل بالمرأة التى عقد عليها عقداً فاسداً — ولا شىء يثبت من المهر لها إذا اختلى فى هذا النوع من النكاح .

الدليل

والدليل على أن الخلوة الصحيحة فى العقد الصحيح موجبة لكمال المهر كالدخول الحقيق هو قوله تعالى : « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض ، وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً »[٢] .

قال صاحب روح المعانى[٣] : فى تفسير الآية السابقة قد أنكر الله وبالغ الإنكار بقوله : وكيف تأخذونه ، وقيل : تعجيب منه سبحانه وتعالى ، أى إن أخذكم له لعجيب .

---

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٤٦٨ ، ٤٧٠ .

(٢) الآية رقم ٣٠ من سورة النساء .

(٣) الألوسى ج ٤ ص ٣٧ طبع مؤسسة الحلبى بالقاهرة .

« وقد أفضى بعضكم إلى بعض » كناية عن الجماع ، على ما روى عن ابن عباس ، ومجاهد ، والسدى . وقيل المراد به الخلوة الصحيحة ، وإن لم يجامع ، واختاره الفراء ـ وبه قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه ـ وهو أحد قولين للإمامية ـ .

وفى تفسير الكلبي عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما « الإفضاء » الحصول معها فى لحاف واحد ، جامعها أو لم يجامعها .

السنة

واستدل على أن الخلوة الصحيحة فى عقد الزواج الصحيح بمثابة الدخول الحقيق بالنسبة لوجوب المهر كله بما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال :

« من كشف خمار امرأته ، ونظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل .

وجه الاستدلال بالحديث

الحديث واضح منه أن من اختلى بالمرأة فى زواج صحيح ، ولم يجامعها بل تمتع بالنظر إليها وكشف خمارها فرأى من جسدها ما كان يحجبه الخمار فلها الصداق كاملا دخل بها أو لم يدخل .

الخلوة الصحيحة

حدد فقهاء الأحناف الخلوة الصحيحة بأنها اجتماع الزوجين منفردين بعد عقد زواجهما عقداً صحيحاً وأن يكون اجتماعهما فى مكان يأمنان فيه من

دخول الغير عليهما بدون إذن وليس يوجد مانع حسي أو شرعي ، أوطبيعي يمنع من وطء الزوج لزوجته في هذه الحالة .

موانع صحة الخلوة

١ — إذا وجد مانع حسي أو شرعي يمنع الزوج من وطء زوجته بأن كان أحد الزوجين مريضاً ، أو صائماً في رمضان ، أو محرماً بحج فرض أو نفل ، أو بعمرة ، أو كانت المرأة حائضاً .

٢ — إذا كان المكان لا يأمن فيه الزوجان من دخول الغير عليهما بدون إذن بأن كان اجتماعهما في الطريق الأعظم ، أو في بيت لا باب له ، أو على سطح ليس على جوانبه سترة ، أو كان الستر رقيقاً ، أو قصيراً بحيث لو قام إنسان يطلع عليهما يراهما

٣ — ومن الموانع لصحة الخلوة أيضاً : الرتق ، والقرن ، والعفل ، وأن تكون المرأة صغيرة لا تطيق الجماع ، أو كان الزوج صغيراً لا يقدر على الجماع .

٤ — وجود شخص ثالث مع الزوجين ـ ولو كان أعمى ـ ووجود نائم معهما يستيقظ ويتناوم فإن كان صغيراً لا يعقل أو مجنوناً ، أو مغمى عليه لا يمنع صحة الخلوة . وقيل المجنون ، والمغمى عليه يمنعان ـ ولو وجدت مع الزوجة ضرتها لكانت خلوتها مع زوجها خلوة غير صحيحة ـ والكلب العقور مانع من صحة الخلوة ، وغير العقور إن كان ملكا للزوجة منع ، أما الكلب لو كان ملكا للزوج فوجوده لا يمنع ـ ويرى الكمال بن الهمام إن كلب الزوج لا يمنع وإن كان عقوراً ؛ لأن الكلب قط لا يعتدي على سيده ، ولا على من يمنعه سيده عنه .

٥ – لا يصح خلوة الرجل بزوجته التى لا يعرفها أنها هى زوجته ، لأن التمكن منها لا يحصل إلا بالمعرفة بخلاف ما إذا لم تعرفه هى فتصح .

٦ – الخلوة فى مكان لا ساتر له فى وقت ظلمة شديدة قيل هى خلوة صحيحة وقال الكمال بن الهمام الأوجه أنها لا تصح ، لأن المانع الإحساس ، ولا يختص بالبصر .

٧ – الخلوة فى مكان له باب مردود خلوة صحيحة ولو كان الناس قعودفى خارج المكان بشرط أن يكونوا غير مترصدين لنظر الزوجين ـ أما إذا كانوا مترصدين لنظرهما فلا تصح ،

٨ – صوم التطوع لايعتبر مانعا من صحة الخلوة ، لأنه يباح الإفطار فيه من غير عذر .

٩ – خلوة المجبوب مع زوجته يراها أبو حنيفة خلوة صحيحة توجب كمال المهر لأن المستحق على الزوجة هو تسليم نفسها وقد أتت به وعليها العدة.

وقال الصاحبان : خلوة المجبوب بزوجته ليست خلوة صحيحة فلا توجب للمرأة كمال المهر لو طلقها زوجها قبل الدخول بها وبعد خلوته بها ـ لأنه أعجز من المريض فالمريض آلة الجماع موجودة عنده وقد يجامع أما المجبوب فلا ، والمرض مانع عن الخلوة فالجب أولى .

١٠ – خلوة العنين بزوجته خلوة صحيحة بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه لأن الوقوف على حقيقة العنة متعذر وسلامة الآلة وجوداً لسبب إلى الوطء إذ الأصل السلامة .

١١ – تصح الخلوة مع وجود صغير مع الزوجين بشرط أن يكون هذا

الصغير لا يعبر عما يكون بين الزوجين (١)

الأحكام التى تشترك فيها الخلوة مع الدخول الحقيقى

يشترك الدخول الحقيقى بالمرأة والخلوة الصحيحة بها فيما يأتى :

١ — بالدخول الحقيق ، وبالخلوة الصحيحة يتأكد المهر الواجب بالعقد.

٢ — بالدخول الحقيق ، وبالخلوة الصحيحة تجب العدة على الزوجة بعد الفرقة .

٣ — وجوب نفقه العدة للزوجة على زوجها .

٤ — أثناء العدة بعد الفرقة المدخول بها والمختلى بها خلوة صحيحة يحرم الجمع بين المعتدة وبين أختها وبين من هو فى حكمها من محارمها بالقرابة مادامت فى العدة — وكذا حرمة الزواج من خامسة طالما كان زوجها فى عصمته أربع زوجات .

٥ — يثبت نسب الولد من الزوج الذى أتت به زوجته بعد عقد صحيح وخلوة شرعية صحيحة إذا توافرت فيه شروط ثبوت النسب .

الأحكام التى تختلف فيها الخلوة عن الدخول

تخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقى فيما يأتى :

١ — الدخول بالأمهات يحرم البنات — ولا تحرم الخلوة بالأم البنت إذا طلقت الأم قبل الدخول —

٢ — لا تعتبر الخلوة الشرعية بالمطلقة رجعياً مراجعة لها بخلاف الدخول.

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٦

٣ — الطلاق قبل الدخول وبعد الخلوة هو طلاق بائن - أما الطلاق بعد الدخول فقد يكون رجعياً وقد يكون بائناً كما سيأتى بيانه فى باب الطلاق .

٤ — المطلقة ثلاثا لا تحل لمطلقها إذا تزوجها زوج آخر واختلى بها دون أن يطأها إذ لا تقوم الخلوة مقام الوطء فى هذه الحالة بالنسبة للتحليل لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: « لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك »

٥ — يثبت الإحصان بالدخول الحقيق فى الزواج الصحيح ، ولا يثبت فيه إذا ما انتفى الوطء ووجدت الخلوة الصحيحة .

٦ — الخلوة الصحيحة لا تعطى الزوج أو الزوجة حق الميراث من بعضهما إذا حدث الطلاق بعدها ومات أحدهما بعده فى أثناء العدة لانقطاع الزوجية بينهما بالطلاق البائن - أما إذا كان الطلاق بعد الدخول وكان الطلاق رجعيا ومات أحدهما والعدة قائمة ورثه الآخر لبقاء الزوجية ببقاء العدة -

نصف المهر

تستحق المرأة نصف مهرها المسمى تسمية صحيحة فى عقد زواج صحيح إذا طلقت قبل الدخول بها وقبل خلوة الزوج بها خلوة شرعية صحيحة لقوله تعالى : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » (١)

وجه الاستدلال

دلت الآية الكريمة على أن المرأة إذا طلقها زوجها قبل الدخول بها حقيقة، أو حكما لها نصف المهر المفروض لها - ويلحق بالطلاق كل فرقة من قبل

---

(١) الآية ٢٣٧ من سورة البقرة

الزوج قبل الدخول بالزوجة عداما استثنى من هذه القاعدة فزوجة المرتد التى لم يدخل بها ولم يختل بها لها نصف ما سمى لها ، وإذا قبل الزوج أخت زوجته بشهوة ، أو قبل أمها حرمت الزوجة عليه وعليه نصف مهرها إن لم يكن قد دخل بها أو اختلى بها خلوة صحيحة .

خيار البلوغ

إذا كان غير الأب أو الجد قد زوج الصغير قبل بلوغه فلما بلغ اختار أن يفارق زوجته وفارقها قبل الدخل بها فلا مهر للزوجة بفسخ الصغير العقد الذى بينه وبينها فى هذه حتى تتحقق للصغير فائدة ثبوت خيار البلوغ له .

الزواج الفاسد لا يوجب مهراً قبل الدخول

المهر المسمى تسمية صحيحة فى الزواج الفاسد لا يجب لها كله ، ولا نصفه بالفرقة قبل الدخول سواء اختلى بالزوجة . أم لا ويجب المهر المسمى كاملا بالدخول الحقيق فقط ،

الزيادة فى المهر

إذا زاد الزوج البالغ العاقل الرشيد أو وليه فى المهر بعد العقد على ما سمى مهراً للزوجه وقت العقد وقبلت الزوجة ووليها ما زيد فى المجلس ، وكانت الزيادة معلومة القدر ولا تزال الزوجية قائمة حقيقة أو حكما بين الزوجين لزمت هذه الزيادة الزوج إن وطىء الزوج الزوجة أومات . ولا يشترط فى الزيادة أن يقول زدتك بل بكل لفظ يدل على أنه يفيد منه إعطاءها المال زيادة على مهرها السابق فرضه لها . وعن أبى حنيفة قول يفيد أن الرجل لو زاد فى مهر زوجته بعد موتها كانت زيادته صحيحة إذا قبلت الورثة .

وخالفه فى ذلك صاحباه (١) - والمطلقة بائناً ولو فى العدة لا تصح الزيادة فى مهرها .

ما زيد على المهر لا يتنصف

وما زيد على المهر بشروطه السابقة لا تستحق المرأة نصفه ، ولا يضاف إلى أصل العقد إذا طلقت المرأة قبل الدخول بها ، والخلوة الصحيحة . لاختصاص التنصيف بالمفروض فى العقد بقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» وما زيد أو فرض بعد العقد ليس مفروضاً فى العقد(٢) .

وقال المالكية والشافعية إن المفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول بدون فرق بين مفروض فى العقد ، ومفروض بعده

مهر السر ومهر العلن

لو تزوج رجل فى السر بألف ثم فى العلانية بألفين فظاهر المنصوص فى الأصل أن الزوج يلزمه الألفان ويكون زيادة فى المهر .

وعند أبى يوسف المهر هو الأول الذى ذكر فى السر وهو الألف ؛ لأن العقد الثانى لغو ، فيلغو ما ذكر فيه .

أما الإمام فعنده أنه وإن كان العقد الثانى لغو لكن لا يلغو ما فيه من الزيادة ؛ كمن قال لعبده الأكبر منه سناً هذا ابنى فهذا القول وإن كان لغواً فى حق إثبات نسب العبد ممن تلفظ به فلا يثبت به نسب العبد فى هذه الحالة لكنه قول يعتبر فى حق العتق .

وذكر فى الفتح : أن هذا إذا لم يشهدا على أن الثانى هزل ، وإلا فلا

(١ ، ٢) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٣ .

خلاف فى اعتبار الأول . فلو ادعى الهزل لم يقبل إلا ببينة ـ وذكر صاحب الفتح أيضاً أن بعض فقهاء المذهب اعتبرها فى العقد فقط بناء على أن المقصود هو تغيير الأول إلى الثانى ـ وبعض الفقهاء أوجب المهرين بحجة أن الأول ثبت ثبوتاً لا مرد له . والثانى زيادة عليه فيجب بكماله وأفتى قاضيخان بأنه لا يجب بالعقد الثانى شيء ما لم يقصد به الزيادة فى المهر ووفق بين الرأيين فقال إنه لا يلزمه ما فرضه فى العقد الثانى ديانة وإن لزم فى حكم الحاكم لأن المكلف مؤاخذ بعبارته الظاهرة إلا أن يشهد أنه كان هازلا[١] .

الحط من المهر

وصح إسقاط المرأة البالغة العاقلة لجزء من مهرها ، أو لكله سواء كان المهر ديناً أو عيناً سواء قبل الزواج هذا الإسقاط أو لا ـ وفى البدائع أن الحط من المهر يصح إذا كان المهر ديناً أى دراهم أو دنانير ، لأن الحط فى الأعيان لا يصح ومعنى عدم صحته أن للزوجة أن تأخذه من زوجها ما دام قائماً ، فلو هلك فى يده سقط المهر عنه فقد ورد فى البزازية أن الرجل لو قال : أبرأتك عن هذا العبد يبقى وديعة عنده .

هذا وللزوجة الرجوع فيما أسقطته من مهرها إذا رد الزوج ما أسقطته عنه زوجته ولم يقبله ففى مداينات القينة : لو قالت لزوجها أبرأتك ، ولم يقل : قبلت ، أو كان غائباً فقالت : أبرأت زوجى يبرأ إلا إذا رده[٢] .

---

(١) حجة المالكية والشافعية أن النص يتناول المفروض عند العقد أو بعده لأن قوله تعالى : فنصف ما فرضتم « أى قدرتم لأن الفرض معناه التقدير ، واقتران الفرض بالعقد لا أثر له فى الحكم بدليل تساوى المفروض فى العقد أو بعده فى السقوط إذا ما وجد ما يقتضى سقوط المهر كله .

(٢) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٦٥

تنبيه هام

هذا وقد نص فقهاء الحنفية : على أنه لايجوز لولى الصغيرة ومن فى حكمها حط شيء بعد عقد الزواج من مهرها المسمى فيه ، ولو كان الولى الأب أو الجد اللذين لم يعرفا بسوء الاختيار ونص فقهاء الحنفية على الزيادة فى مهر الزوجة المسمى فى العقد بعد العقد عليها يملكه ولى الزوج الصغير إذا كان هذا الولى أباً أو جداً ولم يعرفا بسوء الاختيار قبل العقد ؛ لأن كلا منهما موفور الشفقة فلا تهمة بالنسبة لهما ، وهذا الحق أيضاً للولى إذا كان إبناً وذلك بالنسبة لوالدة المحجور عليه ومن عدا هؤلاء من الأولياء لا يملك الزيادة فى المهر المسمى لزوجة من هو فى ولايته الجبرية .

عودة نصف المهر إلى ملك الزوج

للزوجة الحق فى نصف مهرها المسمى فى العقد إذا طلقت قبل الدخول بها وقبل الخلوة الصحيحة . فإذا كانت لم تقبض المهر استقر حقها فى نصفه وليس لها المطالبة بكله ـ وملك الزوج النصف الثانى دون حاجة إلى قضاء القاضى فى ذلك ـ وإذا كانت الزوجة قد تسلمت قبل طلاقها جميع مهرها فعليها أن ترد نصفه إلى مطلقها فإن لم تفعل قضى القاضى له بالرد لأن الزوجة بقبضها لجميع المهر الواجب لها بالعقد قوى ملكها له ، فلا يزول ملكها عن نصفه بمجرد الفرقة ولا يعود إلى مطلقها حتى يسترده بالتراضى أو بالتقاضى . فلو تصرف فى نصف المهر المقبوض للزوجة التى طلقها قبل دخوله بها وقبل خلوته بها خلوة صحيحة وقبل أن يسترد منها هذا النصف الذى أصبح حقاً له كان تصرفه موقوفا على إجازة الزوجة ؛ لأنه تصرف فى ملكها لا فى ملكه فهو لا يملكه إلا باسترداده برضاها أو بقضاء القاضى . وتبعاً لذلك يسترد الزوج نصف ما زاد من المهر المقبوض لها بعد القضاء له عليها

برده ، أو بعد رضاها برده وعلل الأحناف لذلك بقولهم إن هذه الزيادة نماء ملكهما فتنصف بينهما ـ أما الزيادة التي ليست نماء للمهر ، ولا متولدة عنه كالبناء فهى لمن أحدثها ـ وتفريعاً على ذلك إذا كان المهر بستاناً فأثمرت أشجاره فتكون الزيادة مشتركة بينهما مناصفة . وكذا الزيادة الناشئة عن المهر وهي غير متصلة به كما إذا كان المهر داراً معدة للاستغلال فأتت بغلة فإنها تنصف بينهما لأنها نماء ملكهما المشترك ـ وبالمثل لو أن الزوجة طلقت قبل الدخول والخلوة وكانت لم تقبض شيئاً من المهر المسمى لها ـ فلها نصف ما يسمى لها تسمية صحيحة مع النماء الناتج عنه سواء كانت الزيادة متصلة بالمهر أو منفصلة عنه .

الحالات التي تجب فيها المتعة

التعريف اللغوى

المتعة والمتاع فى اللغة ما يتمتع به أى ينتفع به انتفاعاً قليلا غير باق بل ينقضى عن قريب .

التعريف الاصطلاحى

والمتعة فى اصطلاح الفقهاء ما وصلت به المرأة بعد طلاقها من ثياب ، ونحوها وسميت هذه الأشياء التى تعطى للمرأة بالمتعة ؛ لأن المطلقة تتمتع بها.

لمن تجب المتعة :

والمتعة تجب للزوجة التى لم يسم لها زوجها مهراً وكان الزواج صحيحاً وفارقها قبل الدخول والخلوة بها وتشمل هذه الحالة ما يأتى :

أولا : الحالات التي يجب فيها مهر المثل بالعقد بأن لم يسم مهر فى العقد

أصلا ، أو سمى تسمية غير صحيحة ، أو نفى المهر فى العقد بأن تزوجها على أن لا مهر لها .

ثانياً : إذا لم يذكر فى العقد مهر لكن فرض لها بعده مهر بتراضى الطرفين أو بقضاء القاضى .

الدليل :

وجبت المتعة فى الحالات السابق بيانها بنص الكتاب وهو قول الله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره ، متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » [1] .

مقدار المتعة

قال الألوسى فى تفسير قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين » .

إنه لا بدعة فى الطلاق قبل المسيس ، ولو كان فى الحيض . وقيل كان النبى صلى الله عليه وسلم كثيراً ما ينهى عن الطلاق فظن أن فيه جناحاً فنفى ذلك « إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن » أى غير ماسين لهن ، أو مدة عدم المس ، وهو كناية عن الجماع ـ ثم قال فى تفسير قوله تعالى : « ومتعوهن » قال : أى ملكوهن ما يتمتعن به ، وذلك الشىء يسمى متعة وهو عطف على ما هو جزاء فى المعنى ، كأنه قيل : إن طلقتم النساء فلا جناح ، ومتعوهن . . . والحكمة فى إعطاء المتعة هى جبر إيحاش الطلاق والظاهر فيها عدم التقدير

(١) الآية رقم ٢٣٦ سورة البقرة .

لقوله تعالى : « على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره » أى على كل منهما مقدار ما يطيقه ، ويليق به كائناً ما كان .

وأخرج ابن جرير ؛ عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما « متعة الطلاق» أعلاها الخادم ودون ذلك الورق ، ودون ذلك الكسوة .

وعن ابن عمر « أدنى ما يكون من المتعة ثلاثون درهما » .

وقال الإمام أبو حنيفة هى درع ، وخمار ، وملحفة على حسب الحال إلا أن يقل مهر مثلها عن ذلك فلها الأقل من نصف مهر المثل ، ومن المتعة ، ولا ينقص عن خمسة دراهم » . . .(١)

الرجوع فى تقدير المتعة إلى العرف

والمعتبر فى تقدير المتعة عرف كل بلدة لأن المتعة عبارة عن الكسوة الكاملة التى تلبسها المرأة عند الخروج حسب عرف بلدها مع مراعاة حال الزوج على الموسع بقدر ما يحتمل وعلى الفقير بقدر ما لديه من طاقة . وقيل يراعى فى تقدير المتعة حالة الزوجة الاجتماعية ، وقيل يراعى حال الزوجين معاً فإن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً، كان الواجب متعة المتوسطين . وإن كان أحدهما متوسط الحال والآخر فقيراً كان الواجب متعة هى وسط بين بين متعة متوسطى الحال والفقراء وإن كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً فالواجب متعة هى وسط بين الأغنياء والفقراء ورجح الرأى الأخير الكمال بن الهمام لأن الآية لا تأبى اعتبار حال الزوجين معاً بل يشير إلى هذه المراعاة قوله تعالى:« متاعا بالمعروف » ففى الآية اشترط أولا اعتبار المتعة بحال الزوج غنى أو فقراً ثم أمر أن يكون التمتع متلبساً بالوجه الذى يستحسن فوجب لذلك

(١) روح المعانى للألوسى ج ٢ ص ٢١٨ طبع الحلبى .

اعتبار المعنيين معاً عند تقدير المتعة لأنه لو اقتصر في تقدير المتعة على اعتبار حال الزوج فقط لاستدعى ذلك أن تتساوى المرأة الشريفة والمرأة الوضيعة في المتعة إذا كان الرجل متزوجاً بامرأتين مختلفتين في رفعة المقام وضعته ثم طلقهما قبل الدخول ولم يكن قد سمى لهما مهراً في العقد وهذا منكر في عادات الناس وغير معروف ، وقد يتزوج غني موسر كبير اليسار بامرأة مهر مثلها قليل جداً كدينار مثلا ولم يسم لها مهراً ثم يطلقها قبل الدخول فتلزمه المتعة على قدر حاله وقد يكون ذلك أضعاف مهر مثلها فتستحق بالطلاق قبل الدخول أكثر مما تستحق بالطلاق بعد الدخول وهذا خلف من القول غير معقول ؛ لأن الله أوجب للمرأة المطلقة قبل الدخول نصف ما أوجبه بعد الدخول إن كان المهر مسمى في العقد فإذا كان القول باعتبار حال الرجل دون المرأة يؤدى إلى مخالفة معنى الكتاب ودلالته ، وإلى خلاف المعروف في العادات سقط ، وحينئذ يجب مراعاة حال المرأة مع حال زوجها[1] .

والمتعة تستحب لكل مطلقة بعد الدخول ـ أما المطلقة قبل الدخول بها التي استحقت نصف مهرها المسمى لها تسمية صحيحة في العقد، أو التي توفى عنها زوجها فلا تجب لهما المتعة ولا تستحب .

سقوط المهر

يسقط المهر الواجب بالعقد ولا شيء للزوجة منه على زوجها سواء كان المهر الواجب هو المهر المسمى في العقد أو مهر المثل في الحالات الآتية :

أولا : إذا اختار الزوج نفسه عند بلوغه وكان قبل الدخول بالزوجة حقيقة وحكما وكان قد زوجه وهو صغير ولى غير أبيه ، أوجده فتظهر ثمرة

---

(١) راجع أحكام القرآن ج ١ ص ٤٣٣ .

الخيار الثابت له بالبلوغ «خيار البلوغ» فى أنه لو اختار أن يفارق زوجته قبل أن يدخل بها حقيقة وحكما فى أنه يسقط منه المهر المسمى ، وكذا مهر المثل .

ثانياً — إذا اختار الزوج نفسه عند إفاقته من جنون أو عته وكان قد زوجه القيم عليه وهو معتوه أو مجنون واختار فراق زوجته قبل أن يدخل بها دخولا حقيقياً وقبل أن يخلو بها خلوة شرعية ويسمى هذا الخيار بخيار الإفاقة .

ثالثاً — إذا وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة ، أو حكما بسبب من جهة الزوجة سواء أكان السبب مشروعا أو غير مشروع بأن تكون صغيرة زوجها وليها غير أبيها أو جدها وعند بلوغها اختارت فراقها من زوجها الذى لم يدخل بها ولم يختل . أو كانت معتوهة ، أو مجنونة وعند إفاقتها وقبل دخول زوجها بها أو خلوته بها اختارت فراقه وفسخ زواجها منه ، أو كانت عصمتها بيدها فطلقت نفسها قبل دخول زوجها وقبل خلوته بها . أو ارتدت عن الإسلام وأبت أن تعود إليه ، أومكنت ابن زوجها منها.

رابعاً — بإبراءها زوجها من كل مهرها وقبوله هذا الإبراء أو بهبتها له مهرها لأن المهر خالص حقها وقد تصرفت فيه بإسقاطه عن زوجها وتصرفها فى مالها نافذ حتى كانت أهلا للتصرفات .

خامساً — إذا فرق القاضى بين الزوجين قبل الدخول الحقيقى سواء بعد الخلوة أو قبلها فى النكاح الفاسد .

ولاية قبض المهر

تثبت ملكية الزوجة لمهرها من غير توقف على قبضه فلها ولاية قبضه أو الإنابة فى قبضه متى كانت أهلا التصرف وتوكيلها للغير بقبض مهرها لا بد

فيه من الإذن الصريح بالقبض إذا كان الوكيل غير أب أو جد سواء كانت الزوجة بكراً أو ثيباً إذ الرضا بالتوكيل فى قبض المال المملوك لا بد من ظهوره صريحا وذلك باللفظ المعبر عنه أو ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على الإذن .

أما إذا كان الوكيل عن الزوجة فى قبض مهرها أباأو جداً فيرى فقهاء الحنفية أنه يكتفى فى الإذن بالنسبة للبكر لسكوتها عند قبض الأب أو الجد المهر دون اعتراض منها . أما إذا كانت ثيباً فيشترط أن تأذن لأبيها وجدها فى قبض مهرها إذناً صريحاً ولذلك فالزوجة العاقلة البالغة الرشيدة إذا قبضت مهرها من زوجها بنفسها أو بوكيلها برئت ذمة زوجها من المهر ـ أما إذا سلمه لأبيها أو جدها بغير توكيل منها صراحة وكانت المرأة ثيباً أو كانت بكراً لكنها اعترضت على تسليم مهرها لأبيها أو جدها فلا تبرأ ذمة الزوج بهذا التسليم من المهر .

وولى الصغيرة ومن هى فى حكمها من المحجور عليها للسفه أو الغفلة والذى له ولاية التصرف فى مالها له ولاية قبض مهرها . فإذا قبض ولى المال مهر من له الولاية عليها برئت ذمة زوجها من المهر ـ أما لو قبض المهر من لا ولاية له على مال الصغيرة ومن هى فى حكمها ولو كان ولياً على نفسها كالأخ الشقيق، والأخ لأب والعم الشقيق أو لأب لا تبرأ ذمة الزوج من المهر . والمرأة فاقدة الأهلية ، أو ناقصتها عند زوال سبب الولاية عليها أن تطالب زوجها بمهرها وللزوج أن يرجع بما دفعه على من دفع له المهر .

وقال فقهاء الأحناف : إن وكيل الزوجة فى إجراء عقد زواجها لا يملك قبض مهرها ، لأنه سفير ومعبر عنها فى الزواج فقط . ولا يرجع إليه أى حق من الحقوق الزوجية والمهر حكم من أحكام الزواج .

مسائل خاصة بالمهر

لو تزوج امرأة على أن يخدم وليها مدة معينة صح العقد ويضمن وليها لها قيمة الخدمة ـ وفى المذهب رأى يقول بوجوب مهر المثل فى هذه الحالة .

ولو تزوج امرأة على أن يخدمها سنة وتكون خدمته لها مهراً لها صح العقد ووجب مهر المثل لأن فى ذلك قلب موضوع الزوجية . لكن لو كان الزوج عبداً مأذوناً له فى العمل صح العقد ولها خدمته .

ولو تزوج امرأة على أن يعلمها القرآن صح الزواج على رأى المتقدمين ووجب لها مهر المثل . وقال المتأخرون من فقهاء المذهب الزواج صحيح ومهرها هو تعليمه لها إذ يصح الاستئجار على تعليم القرآن فى هذه الأيام .

ولو تزوجها على ألف إن كانت قبيحة ، وعلى ألفين إن كانت جميلة فإنه يصح الشرطان .

ضمان المهر

إذا قبضت المرأة مهرها برئت ذمة زوجها ، وإذا لم تقبض وقت العقد كل مهرها ، أو قبضت بعضها ، ولم تقبض البعض الآخر فالمهر بعضه أو كله دين فى ذمة الزوج إن كان مما لا يتعين بالتعيين ، وهو فى ضمانه إذا كان مما يتعين بالتعيين ويجب عليه أن يسلمه للزوجة التى كانت عاقلة بالغة رشيدة (ذات أهلية كاملة) أو يسلمه لوليها إن كانت غير ذلك .

وللزوجة أن تأخذ كفيلا عن الزوج يضمن لها مهرها وهى فى هذه الحالة بالخيار بين أن تطالب الأصيل وهو الزوج وبين أن تطالب الكفيل . وعلى كل حال إذا أدى المهر أيهما برئت ذمة الآخر فإن أداه الكفيل رجع به على الزوج المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره وإذنه وإلا فلا يرجع عليه

بشيء لكون الكفيل فى هذه الحالة متبرعا ابتداء وانتهاء - وللزوجة مطالبة ورثة الكفيل بما كفل من عهدها إذا مات قبل أن تقبض مهرها فإذا أداه لها ورثته رجعوا به على زوجها ،

للزوجة أن تأخذ رهناً :

وللزوجة الحق فى أن تأخذ من الزوج رهناً للاستيثاق من حصولها على مهرها وتستوفى من الرهن مهرها عند امتناع الزوج من دفع المهر أو حين تعذر الاستيفاء منه وتكون هى أحق بالرهن من غيرها حتى تستوفى حقها .

الكفالة بالمهر وقت مرض الكفيل :

تطبق على الكفالة أحكام التبرعات بمعنى أن الكفالة إذا كانت وقت صحة الكفيل تكون نافذة لاتتوقف على أجازة أحد سواء كان المهر المكفول به يساوى ثلث مال الكفيل أو يزيد أو يقل . . والكفالة تبرع ابتداء وقد تكون تبرعاً انتهاء إذا كانت بغير أمر الأصيل وقد تكون رجوعاً انتهاء إذا كانت بأمر الأصيل .

أما إذا كان الكفيل وقت الكفالة مريضاً مرض الموت فان كفالته تنفذ فى حدود ثلث ماله لأنها تبرع ابتداء وتبرع المريض مرض الموت ينفذ من ثلث ماله دون توقف على أجازة أحد . وفيما زاد على الثلث يتوقف نفاذ الكفالة على إجازة الورثة .

كفالة الأب بمهر ابنه :

للأب أن يكفل ابنه فى مهر زوجته وتطبق على هذه الكفالة أيضاً أحكام التبرعات ، فان كان الأب صحيحاً نفذت كفالته دون توقف على إجازة ورثته سواء كان المهر المكفول به يعادل ثلث مال الأب أو يزيد عنه أو ينقص أما إذا كان مريضاً فتنفذ الكفالة دون توقف على إجازة الورثة فى حدود ثلث المال - ولا بد من إجازة الورثة فيما زاد على الثلث .

رجوع الأب على ابنه الصغير بما أداه :

إذا كفل الأب مهر زوجة ابنه الصغير ومن فى حكمه وأداه من مال نفسه فلا يرجع به على ابنه الصغير ولا على من فى حكمه ، لأن الأب يتحمل المهر عن ولده الصغير عادة والمعروف عرفا كالثابت نصاً إلا إذا أشهد الأب عند كفالته لابنه أنه كفل عنه ليرجع عليه ، أو أشهد عند أداء المهر أنه أدى عنه ليرجع عليه فله حينئذ أن يرجع عليه .

أما إذا كان الكفيل عن الصغير غير الأب فله حق الرجوع عليه سواء أشهد عند الكفالة ، أو عند الأداء ، إنه سيرجع بما كفل به وبما أداه . أو لم يشهد ، لأن العرف جرى على أن غيره لا يتحمل مهر زوجة من هم فى ولايتهم

قضايا المهـــر

إذا اختلف الزوجان فى المهر ، فإما أن يختلفا فى قدره ، أو فى أصله . . وكل منهما إما فى حال الحياة ، أو بعد موتهما ، أو موت أحدهما . وكل منهما إما بعد الدخول أو قبله وتفصيل ذلك كله فيما يلى .

الاختلاف فى أصل المهر

إذا اختلف الزوجان فى أصل المهر ، بأن ادعى أحدهما التسمية ، وأنكر الآخر أصل التسمية بأن قال إننا لم نسم مقداراً معلوما من المال ليكون مهراً فعلى منكر التسمية بعد عجز مدعى التسمية عن إثبات دعواه أن يحلف أن المهر لم يسم فى العقد فإن نكل عن اليمين ثبت ما ادعاه مدعى التسمية . وإن حلف منكر التسمية قضى بمهر المثل بحيث لا يزاد على ما ادعته المرأة لو كانت هى مدعية التسمية ، ولا ينقص عما ادعاه الزوج لو كان هو المدعى للتسمية وهـــذا فى حالة ما لو يسم فى المهر شيئاً ، وإلا فيقضى بمهر المثل بالغاً

ما بلغ ـ وهذا كله مقيد بما إذا كان الاختلاف قبل الطلاق مطلقاً أو كان بعد الطلاق وبعد الدخول أو الخلوة . أما لو طلقها قبل الدخول والخلوة فالواجب المتعة بشرط ألا تزيد المتعة عن نصف المهر الذى تدعى الزوجة تسميته إن كانت هى التى تدعى تسميته ، ولا ينقص عن نصف ما يدعيه الزوج إن كان هو مدعى التسمية .

الاختلاف فى قدر المهر

إذا اختلف فى قدر المهر بعد الدخول قبل الطلاق ، فادعى الزوج مقداراً وادعت الزوجة مقداراً مغايراً لما يدعيه الزوج وكان ذلك حال حياتهما . أو بعده حكم مهر المثل فمن كان مهر المثل يشهد له فالقول قوله مع يمينه ، وإذا لم يشهد مهر المثل لواحد منهما . بأن كان بين الدعويين تحالفا ويحكم مهر المثل . هذا قول أبى حنيفة ومحمد على تخريج الرازى . وعلى تخريج الكرخى يتحالفان فى جميع الصور ويحكم مهر المثل فيقضى لمن شهد له مهر المثل.

وقال أبو يوسف القول للزوج مع يمينه فى الكل إلا أن يأتى بشىء قليل وفسر بعض الفقهاء القليل الذى يذكره الزوج مهراً بأن يذكر مالا يتعارف مهراً للمرأة ، ورجح الوبرى هذا التفسير بأنه ذكر فى الرجوع عن الشهادة لو ادعى أنه تزوجها على مائة ، وهى تدعى ألفاً ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود ، لا يضمنون عند أبى يوسف ، لأنه لولا الشهادة لكان قوله : ولم تجعل المائة مقداراً مستنكراً فى حقها . وقيل إن مراد قول أبى يوسف . « إلا أن يأتى بشىء قليل » : هو أن يذكر أنه سمى لها مقداراً يقل عن الحد الأدنى للمهر وهو عشرة دراهم . والتفسير الأول أصح . وحجة أبى يوسف أنه يصار إلى مهر المثل فيما إذا لم يتيقن بثبوت المسمى فمهر المثل هو القيمة الضرورية للبضع . إذا كان ليس مالا ، وإنما ليقوم إظهاراً لشرفه ـ فيقدر

بقدر الضرورة وهى فيما إذا لم يتيقن بثبوت المسمى وهنا تيقناه وهو ما أقر به الزوج فيكون القول قوله ويحلف على نفى دعواها وصار الأمر هنا كالأمر فى حالة اختلاف المسمى فى الإجارة كالقصار ورب الثوب لا يصار إلى تحكيم أجرة المثل حيث أمكن المصير إلى الأجر المسمى فكان القول لمن يدعى الأقل فكذا هذا .

وحجة أبى حنيفة ومحمد أن تقوم البضع شرعاً إظهاراً لخطره وهذا يوجب الرجوع إلى مهر المثل (الذى هو بمثابة قيمة للبضع) وذلك عند التردد فى المسمى . وهذا لا ينفى الرجوع إلى مهر المثل بل هو أحق من التقدم الذى يثبت بسبب المالية ؛ لأن ذلك يقبل الإبطال بخلاف هذا .

أما مسألة القصار ورب الثوب إذا اختلفا فى الأجرة فهذا قياس مع الفارق إذ ليس عمل القصار موجباً فى الأجر بدون التسمية وهو المقدار الذى أقر به الزوج فهذا غير صحيح إذ المتيقن أحد المدعيين غير معين أما مايدعيه الزوج مهراً أو ما تدعيه الزوجة وهذا لا ينفى الرجوع إلى مهر المثل إذ لا فرق بين ذلك وعدم التسمية حيث تعذر القضاء بأحدهما عيناً .

وهذا الذى تقدم فى حالة ما إذا لم يقدم أحد الزوجين بينة على دعواه فإذا أثبت ما يدعيه بالبينة فالقول لمن شهدت له البينة أعمالا للنص [البينة على من ادعى واليمين على من أنكر] .

وتوضيحاً لما سبق نشرح رأى أبى حنيفة ومحمد فنقول :

إذا ادعت المرأة أنه تزوجها على ألفين . وادعى الزوج أن المهر الذى سماه هو ألف فقط وكان مهر مثلها ألفاً فالقول قوله ، وإن كان مهر مثلها ألفين أو أكثر فالقول قولها . وأيهما أقام البينة فى الوجهين تقبل . وإن أقاما

البينة وكان مهر المثل شاهداً للزوج تقبل بينتها لأنها تثبت الزيادة . . وإذا كان مهر المثل يشهد للمرأة تقبل بينته ، لأنها تثبت الحط . والأصل فى هذا كله إن البينة شرعت لإثبات ما ليس بثابت .

ولو كان مهر مثلها لا يشهد لواحد منهما بأن كان ألفاً وخمسمائة تحالفا ؛ لأن الزوج يدعى عليها الحط عن مهر مثلها وهى تنكر . والمرأة تدعى عليه الزيادة وهو ينكر وينبغى أن يقرع القاضى بينهما فى البداية لاستوائها فإن نكل الزوج يقضى بألف وخمسمائة كما لو أقر بذلك صريحاً ، وإن نكلت المرأة وجب المسمى ألف وخمسمائة بطريق التسمية لا يخير الزوج فيها لاتفاقهما على تسمية الألف وخمسمائة باعتبار مهر المثل ويخير الزوج فيها بين أن يعطيها الدراهم المسماة أو قيمتها ذهباً . وإن أقام أحدهما بينة قبلت بينته . وإن أقاما بينة يقضى بألف وخمسمائة ألف بطريق التسمية وخمسمائة باعتبار مهر المثل ، لأن البينتين بطلتا لتعارضهما .

وورد عن محمد أنه قال بتقديم بينة المرأة فى هذه الحالة لأنها مثبتة الزيادة - وقال الكرخى إن ما نقل عن الإمام أبى حنيفة ومحمد فى هذه الصور أنهما يتحالفان طالما لم تقم لأحدهما بينة على دعواه ويحكم مهر المثل فيقضى لمن شهد له مهر المثل لأنه تعذر الوصول إلى التسمية المتيقنة فيحكم مهر المثل . أما رأى أبى يوسف فقد سبق بيانه تفصيلا .

الخلاف فى مقدار التسمية بعد الطلاق وقبل الدخول :

ولو كان الخلاف فى مقدار التسمية بعد الطلاق وقبل الدخول - فعلى رأى الطرفين أبى حنيفة ومحمد تحكم متعة المثل على التفصيل الذى ذكر فى تحكيم مهر المثل - وعلى رأى أبى يوسف القول قول الزوج مع يمينه .

الاختلاف فى المقدار بعد موت الزوجين :

لو كان الاختلاف فى مقدار المهر المسمى بعد موت الزوجين فالقول قول ورثة الزوج عند أبى حنيفة ولا يستثنى القليل وهـذا يوافق قول أبى يوسف إذا كان الاختلاف حال الحياة إلا أن أبا حنيفة لم يستثن المسمى القليل الذى لم تجر العادة بجعله مهراً ـ وهذا لسقوط مهر المثل بعد موت الزوجين عند أبى حنيفة ـ

ويرى محمد أن الجواب بعد موتهما كالجواب فيما لو كان الاختلاف فى المقدار المسمى حال حياتهما (١) فيحكم مهر المثل .

حق الزوجة فى الامتناع عن طاعة زوجها حتى تستوفى مهرها

يجوز للزوجة شرعاً أن تمتنع من أن تزف إلى زوجها ، وإن تمتنع من تمكين زوجها من وطئها ومن الدخول فى طاعته حتى تستوفى منه معجل صداقها الذى اتفقا على تعجيله ، أو الصداق الذى جرت العادة والعرف بأن يعجل للمرأة وذلك عند عدم وجود شرط يبين المقدار الذى يعجل دفعه والذى يؤجل ، ولا تعتبر المرأة بهذا الامتناع ناشزة عن طاعة زوجها بغير حق فتستحق عليه نفقتها ؛ لأنها فى هذه الحالة ممتنعة لاستيفاء حق شرعى امتنع هو عن أدائه .

تكون ناشزة :

ولو ادعى الزوج أنه أوفى زوجته عاجل صداقها وأثبت ذلك بالبينة الشرعية ، أو بإقرار الزوجة وامتنعت عن الزفاف إليه ودخولها فى طاعته

---

(١) راجع فتح القدير جـ ٢ص ٤٧٦ ، ٤٧٧ ، ٤٧٨ وابن عابدين جـ٢ص ٤٦٣

كانت ممتنعة بغير عذر شرعى فتعتبر ناشزة لأن امتناعها بدعوى أنها لم تقبض معجل صداقها دعوى غير صحيحة .

بحكم العرف

ولو زفت المرأة إلى زوجها واختلفا فى قبض معجل الصداق كله أو بعضه فإن كان العرف قد جرى بأن الزوجة لا تسلم نفسها لزوجها إلا إذا استوفت مقدم صداقها فلا تصدق الزوجة فى إنكارها عدم قبضها معجل صداقها . لأن العرف فى بلدها قد كذبها فى دعواها والعرف فى هذه الحالة يقوم مقام البينة بالنسبة للزوج فيثبت ما ادعاه من أنه أوفى زوجته التى دخل بها مقدم صداقها ولا حاجة إلى أن يقدم إثباتاً آخر .

لابد من بينة :

وإذا لم يوجد عرف فى مسألة الزفاف هل يتم دون دفع مقدم الصداق أو لا يتم . كان على المدعى وهو الزوج إثبات دعواه بالبينة ، فإن عجز حلفت الزوجة اليمين بالله أنه ما أوفاها عاجل صداقها فإن حلفت رفضت دعواه ـ وإن نكلت حكم للزوج بما ادعاه .

وإذا اختلف الورثة فيما قبض من مقدم الصداق طبق ما ذكرناه فى هذا الموضوع فى حال اختلاف الزوجين حال حياتهما (١) .

---

(١) قال ابن عابدين فى حاشيته ج ٢ ص ٤٩٩ فى هذا الموضوع ما يأتى : « وحاصل ذلك أن المرأة إذا مات زوجها وقد دخل بها فجاءت تطلب مهرها هى أو ورثتها بعد موتها ، وقد جرت العادة أنها لا تسلم نفسها إلا بعد قبض شىء من المهر كمائة درهم مثلا لا يحكم لها بجميع مهر المثل عند عدم التسمية بل ينظر : فإن أقرت بما تعجلت من المتعارف وإلا قضى عليها به ثم يعمل فى الباقى كما ذكرنا أى إن

هدية الزوج لزوجته لا تحسب من المهر

قال فقهاء الحنفية : لو أن الرجل بعث لزوجته شيئاً من النقدين ، أو العروض ، أو مما يؤكل قبل الزفاف أو بعد ما بنى بها ولم يذكر أنه من المهر أو من غيره قال : إنه من المهر وأنكرت هى أنه من المهر بل هو من قبيل الهدايا التى ترسل للزوجات لا على سبيل أنها من المهر . فأيهما أقام بينة على دعواه قبلت وحكم له بماطلب . وإن أقام كل واحد منهما بينة على دعواه قدمت بينة الزوجة لأنها تثبت خلاف الظاهر والبينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر . والظاهر مع الزوج لأنه يسعى إلى إسقاط الواجب فى ذمته وهو المهر ـ فإن عجز عن الإثبات حكم العرف والقول لمن شهد له العرف مع يمينه. فإن كان العرف يقضى بأن مثل ما قدمه الزوج لزوجته هو من المهر عرفا قضى للزوج بما ادعاه وإن لم يوجد عرف ، أو كان لكنه لا يشهد لأحدهما فالقول للزوج مع يمينه فى غير المهيأ للأكل فإن حلف والأشياء التى قدمها لزوجته لم تزل قائمة لم يتطرق إليها فساد ردتها الزوجة إليه ، لأنها لم ترض بكونها مهراً وترجع بباقى مهرها ، أو كله إن لم يكن قد دفع لها شيئاً منه والقول لها مع يمينها فى المهيأ للأكل ـ قال فى النهر : وإن هلك وقد بقى لأحدهما شىء رجع به . اهـ .

أما لو كانت قيمة الهالك قدر المهر فلا رجوع لأحد .

ولو ادعت الزوجة أن ما قدمه الزوج لها هو من قبيل النفقة الواجبة

= حصل اتفاق على قدر المسمى يدفع لها الباقى منه وإلا فإن أنكر ورثة الزوج أصل التسمية فلها بقية مهر المثل وإن أنكروا القدر فالقول لمن شهد له مهر المثل . . . قال الفقيه أبو الليث إن كان الزوج بنى بالمرأة فإنه يمنع منها مقدار ما جرت العادة بتعجيله ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها .

عليه وإنه استهلك كأن كانت ثياباً فتخرقت من لبسها فالقول لها مع يمينها هذا إذا لم يقدم بينة على أن ما أرسله لها كان من المهر لا من النفقة . لكن لو كان ما أرسله لها موجوداً وادعى أنه من المهر وادعت هى أنه من النفقة ولا بينة لواحد منهما فالقول له مع يمينه فى غير المهيأ للأكل ـ والقول لها مع يمينها فى المهيأ للأكل ، كخبز ، ولحم لأن الظاهر يكذب الزوج فيما يدعيه فى هذه الحالة .

قال صاحب الفتح : والذى يجب إعتباره فى ديارنا : أن جميع ماذكر من الحنطة ، واللوز ، والدقيق [١] ، والسكر ، والشاة الحية وباقيها يكون القول فيها قول المرأة ، لأن المتعارف فى ذلك كله أن يرسله الرجل هدية . والظاهر معها لا معه ولا يكون القول قوله إلا فى الثياب والجارية . اهـ

وقال فى البحر : « وهذا البحث موافق لما فى الجامع الصغير فإنه قال : إلا فى الطعام الذى يؤكل فإنه أعم من المهيأ وغيره » . قال فى النهر : وينبغى أن لا يقبل قول الزوج أيضاً فى الثياب المحولة مع السكر ونحوه للعرف اهـ .

وقال ابن عابدين (٢) : قلت : ومن ذلك ما يبعثه إليها قبل الزفاف فى الأعياد ، والمواسم من نحو ثياب وحلى وكذا ما يعطيها من ذلك أو من دراهم أو دنانير صبيحة ليلة العرس ويسمى فى العرف صبحة فإن كل ذلك تعورف فى زماننا كونه هدية لا من المهر ولا سيما المسمى .

---

(١) راجع فتح القدير على الهداية جـ ٢ ص ٤٧٨ - ٤٨١

(٢) ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٠١ وفتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٢ ص ٤٧٨ وما بعدها .

متى يسترد الخاطب هداياه :

لو خطب رجل بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فابعث للمهر يسترد عينه فقط إذا كان قائما وإن تغير بالاستعمال أو بدله إذا هلك ؛ لأنه معاوضة ولم تتم فله حق الاسترداد .

أما الهدايا فيسترد الخاطب منها الأشياء الموجودة أما إذا هلكت أو استهلكت فلا يستردها لأن ما بعثه هدية أخذ معنى الهبة ، والهلاك والاستهلاك مانع من الرجوع بها . ويشترط فى الاسترداد القضاء أو الرضا وعدم ما يمنع الرجوع كما لو كان ثوباً فصبغته أو خاطته وقيل لا حاجة إلى هذه القيود [١] .

هدايا الزوجة إلى زوجها

وإذا أهدت المرأة من مالها الخاص هدايا إلى زوجها بأن قدمتها إليه بنفسها أو قدمها نيابة عنها أحد أقاربها وكانت هذه الهدايا قد قدمت منها إلى زوجها قبل أن يقدم لها هو أية هدية فليس لها الحق فى الرجوع على زوجها بشىء لوجود مانع من موانع الرجوع فى الهبة وهو الزوجية القائمة بينهما وقت الهبة .

وإذا كانت قد قدمت له الهدية رداً لهدية أو هدايا قدمها إليها ونازعها فيما بعد فى أنها هدية مدعياً أنها من مهرها فيحكم العرف فى هذه الحالة فإن كان العرف جارياً على أن مثل ما قدمته الزوجة قد اعتادت الزوجات تقدمه لأزواجهن عوضاً عما يقدمون من هدايا لزوجاتهم ، أوجرى العرف بتبادل

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠١ وفتح القدير للكمال بن الهمام ج ٢ ص ٤٧٨ وما بعدها .

الهدايا بين الأزواج ، أو كانت قد ذكرت وقت الإهداء لزوجها أنها قد أهدت عوضاً عما قدمه لها زوجها من أشياء اعتبرتها أنها هدية وهو الآن ينازعها فيها مدعيا أن ما قدمه ليس هدية بل هو من المهر - ففي كل هذه الحالات لا تعتبر الزوجية القائمة وقت تقديم الزوجة هداياها لزوجته مانعة لها من استرجاع ما قدمته ؛ لأن المقصود بما قدمته هو التعويض والهبة إذا قصد منها العوض كانت فى حكم البيع . بخلاف الحالة الأولى .

هدايا والد الزوجة إلى زوج ابنته

إذا قدم أب الزوجة إلى زوج ابنته هدية أو هدايا من ماله الخاص دون أن يقصد أن يكون ما قدمه عوضاً عما قدمه الزوج لزوجته . فله حق الرجوع عما أهدى إذا كانت الهدية لا تزال موجودة فى يد الزوج – أما إذا هلكت أو استهلكت ؛ لأن هلاك العين الموهوبة أو استهلاكها مانع من الرجوع فى الهبة . أما إذا كان الأب يقصد بما قدمه من هدايا تعويض زوج ابنته عما قدمه للزوجة من هدايا واسترجع الزوج هذه الهدايا فللأب حق الرجوع فيما قدمه هو للزوج من هدايا سواء كانت الهدايا المذكورة قائمة فى يد الزوج أو هلكت أو استهلكت لأن الأمر قد تحول إلى معاوضة وعوض لا تبرع .

قضايا الجهاز

المهر ليس فى مقابل الجهاز :

أوجب الشارع الحكيم المهر فى الزواج إظهاراً لشرف المحل وإبعاداً للمرأة عن المهانة وصوناً لها من الابتذال ، ولم يوجب الشارع المهر فى مقابل جهاز تعده المرأة لتزف به إلى زوجها . ولهذا قال الفقهاء : إن المهر ملك خالص

للزوجة ليس لأحد حق فيه مطلقاً ومتاع البيت واجب على الزوج إعداده وتجهيزه قال ابن عابدين : ومتاع البيت واجب عليه .. فافهم وسيذكر المصنف فى النفقة أنه يجب عليه آلة الطحن ، وآنية شراب وطبخ ككوز ، وجرة وقدر ، ومغرفة . قال الشارح أو سائر أدوات البيت كحصير ، ولبد وطنفسه الخ[(١)] » .

فلو زفت المرأة إلى زوجها بدون جهاز ، أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذى قدم للزوجة فليس للزوج أن يطلب أو يطالب الزوجة ، أو وليها بجهاز ، وليس له الحق فى المطالبة بتنقيص شىء من المهر الذى دفعه حتى ولو كان مادفعه من مهر مغالى فيه بقصد إعداد الجهاز وجودته .

ما تأخذه المرأة من جهاز

وما يقدمه أولياء المرأة لها من جهاز لتنتفع به ليس للزوج أن يأخذ منه شيئاً بدون رضاها ، فإذا أخذه منها بدون رضاها كان غاصباً وللزوجة حق استرداد ما أخذه الزوج من جهازها إن كان قائماً ، وترجع عليه بقيمته أو بمثله إن هلك أو استهلك فى يد الزوج فيد الغاصب يد ضمان حتى ترد .

ما يدفعه الزوج من مال للجهاز

فى بعض الحالات يدفع الزوج للزوجة مالا منفصلا عن المهر فى نظير إعداد الجهاز أو إعداد نوع خاص من الجهاز ويشترط أن يكون ما دفعه لهذا الغرض أولايشترط ذلك عند دفعه المال ولكن جرى العرف أن يخصص ما يدفع من مال منفصلا عن المهر لشراء مثل هذه الأدوات وفى هذه الحالات

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠١ — ٥٠٦

يجب على الزوجة أن تقوم بإعداد ما اتفق عليه من الجهاز تنفيذاً للشرط أو لما جرى به العرف فالمتعارف عرفاً كالمشروط نصاً . وللزوج أن يطالب زوجته أو وليها بالمال الذى دفعه لهذا الغرض إذا زفت إليه الزوجة دون أن يكون هذا الجهاز . فهـذه الأموال التى قدمها الزوج منفصلة عن المهر لشراء جهاز يريده هو وإن كان بمثابة هبة منه لزوجته لـكنها هبة بعوض فيـكون للزوج حق الرجوع إذا لم يوجد العوض الثانى المقابل وهو الجهاز . لـكنه لو سكت طويلا بعد زفافه ولم يطالب بالجهاز كان سكوته قرينة على أن ماقدمه من مال كان هدية بلا عوض فلا يرجع على زوجته بشىء .

مايقدمه الزوج من مال من المهر

إذا زاد الزوج لزوجته فى مهرها مقداراً من المـال نظير جهاز كأدوات مطبخ مثلا أو رغبة فى شراء جهـاز أكثر لعدد من الحجرات ودفع مع المهر جملة واحدة ولم تقم الزوجة بالشراء مدعية أن ماقدم لها مع مهرها هو زيادة فى المهر وأنـكر الزوج ذلك مدعـياً أنه لم يقدم المال نظير زيادة المهر بل نظير شراء جهاز خاص . فيرى بعض فقهاء الأحناف أن الواجب فى هذه الحالة هو مهر مثلهـا بحيث لا يزيد عن المسمى وعللوا لذلك بقولهم أن الرجل ما رضى بالزيادة عن مهر المثـل إلا فى نظير ما اتفق عليه من جهاز معين فإذ إنعدم إنعدم رضاه بالزيادة عن مهر المثل .

وقال بعض آخر من فقهاء الأحناف بأن الواجب فى هذه الحالة هو المسمى كله دون تنقيص أى شىء منه ، وعللوا لذلك بقولهم إن المهر مع كثرته هو حق خالص للمرأة وليس فى نظير جهـاز تعده فلا يؤخذ منه شيء وقد نهى

عن أخذ شيء مما أخذته الزوجة : « وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً (١) » .

مايقدمه الأب من جهاز لابنته

قال فقهاء الأحناف : إذا جهز الرجل ابنتــه بجهاز وسلمها ذلك فليس له ولا لورثته من بعده حق استرداد هـذا الجهاز منها إذا سلمها الجهـاز وهو فى صحتـه ، وبه يفتى وكذلك يصبح ملـكا للبنت سواء سلمه لها فى مرضه أو صحته لأنها ملـكته بشرائه لها فى صغرها . لو كان الأب قد اشترى لهـا هذا الجهاز وهى صغيرة — وأضاف إلى ذلك ابن عابدين شرطاً فقال : وهذا إذا كان العرف مستمراً أن الأب يدفع مثله جهازا لا عارية .

وإذا شرط الأب عند تسليم ابنته الجهاز أنه يقدمه لهـا عارية وأشهد على ذلك كان له أن يسترده منها فى أى وقت ، وفى أدب الأوصياء عن الخانية وغيرها : « الأب إذا شرى خادماً للصغير ونقد الثمن من مال نفسه لا يرجـع عليه إلا إذا أشهد بالرجوع ، وإن لم ينقده حتى مات ولم يكن أشهد أخذ من تركته ، ولا يرجـع عليه بقية الورثة » اهـ (٢)

ومفاد النصوص السابقة هو: أن البنت البالغة العاقلة الرشيدة تملك الجهاز الذى اشتراه لها أبوها بمجرد تسليمه لها — كما تملـكه الصغيرة ومن فى حكمها

(١) الآية رقم ٣٠ من سورة النساء

(٢) قوله لا يرجع عليه أى على الصغير بقية الورثة بثمن الخادم — ومفاد ذلك أن الأب لو اشترى لبنته وهى صغيرة جهازاً لا يرجع الورثة بثمنه على البنت لأنهـا ملـكت الجهاز بشراء الأب لهـا ومثل الصغيرة من هى فى حكمها : ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٣ .

بمجرد شراء الأب الجهاز لها ولو لم يسلمه لها . وأنه يجرى على هذا الجهاز أحكام التبرعات فإن كان الأب فى حال صحته وقت ملك البنت الجهاز نفذ تبرعه بالجهاز بدون توقف على إجازة أحد بقطع النظر عن كون الجهاز مساوياً لثلث ماله أو أكثر أو أقل . كما هو الشأن فى كل تبرع صادر من المتبرع فى حال صحته فلو بقى شىء من ثمن الجهاز على الأب لبائعه كان هذا الباقى ديناً فى ذمة الأب يطالب به فى حياته ، ويستوفى من تركته بعد وفاته قبل قسمة تركته كسائر ديونه ولا يخصم هذا الدين من نصيب ابنته فى الميراث . أما إذا كان الأب مريضاً مرض الموت وقت تمليك الجهاز للبنت توقف نفاذ تبرعه بالجهاز فيما زاد على ثلث ماله على إجازة باقى الورثة .

للأب أن يسترد الجهاز الذى أعاره لبنته

ويستفاد أيضاً من النصوص السابقة أن للأب أن يسترد الجهاز الذى قدمه لبنته فى حالة ما إذا أشهد وقت تسليمه لها أنها تقبض الجهاز وتستلمه على أنه عارية مردودة لا على أنه ملك لها . فإن أقامت البنت بينة على أن الجهاز تسلمته من أبيها هبة بدون عوض وشهدت بينته هو أنه سلمها الجهاز عارية تنتفع به ولا تملكه رجحت بينة من لا يشهد له الظاهر لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ؛ لأن الظاهر لا يحتاج إلى إثبات . والمقصود بالظاهر هنا العرف[١] . وتأسيساً على ذلك نقول :

إن كان عرف الناس جار على أن الأب يقدم جهاز ابنته لها هبة وتمليكا لها تترجح بينة الأب الذى يدعى خلاف هذا العرف ؛ لأنه يدعى أن الجهاز الذى سلمه لبنته هو عارية مردودة تنتفع به ولا تملكه وهذا خلاف الظاهر

---

(١) راجع ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٣ .

(العرف) . الذى يشهد للبنات بما تدعيه وهو أن الجهاز هبة من أبيها لها ملكته بالقبض ، وإذا كان عرف الناس أن الآباء يقدمون الجهاز لبناتهم عارية فقط ينتفعون بها دون أن يتملكوه وللأب حق استرداده فى أى وقت ـ كان هذا الظاهر (العرف) يشهد للأب فتقبل بينة البنت التى تثبت أن الجهاز قدم لها هبة وملكا ـ .

وإذا كان العرف مشتركا يشهد لكلا الجانبين كما إذا كان عرف بعض أهل البلد يعتبر الجهاز الذى يقدمه الأب لبنته عارية ـ وعرف البعض الآخر يعتبره هبة ولم يغلب أحد العرفين على الآخر سقطت البينتان لتعارضهما وعدم وجود مرجح لإحداهما على الأخرى ويكون القول قول الأب مع يمينه لأنه ينكر التمليك والبنت تدعيه وهو المعطى فهو أدرى من غيره بهذا الإعطاء وإن عجز كل من الأب وبنته عن إقامة البينة حكم العرف فالقول قول من يشهد له العرف ويحلف فإن حلف حكم له بدعواه ، وإن نكل عن اليمين حكم للآخر بما يدعيه . وإن كان العرف مشتركا قبل قول الأب مع يمينه[١] .

هذا وقد قال ابن عابدين : تنبيه . ذكر البيرى فى شرح الأشباه أن ما ذكروه فى مسألة الجهاز إنما هو فيما إذا كان النزاع بين الأب والبنت أما لو مات فادعت ورثته فلا خلاف فى كون الجهاز للبنت لما فى الولوالجية : جهز

---

(١) راجع ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٤ ففيه « العادة الفاشية الغالبة فى أشراف الناس وأوساطهم دفع ما زاد على المهر من الجهاز تمليكا سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلى ، والثياب فإن الكثير منه أو الأكثر عارية . فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعى أنه لها بل القول فيه للأب أو الأم أنه عارية أو مستعار لها » وراجع أيضاً رسالة نشر العرف لابن عابدين .

ابنته ثم مات فطلب بقية الورثة القسمة فإن كان الأب اشترى لها فى صغرها أو فى كبرها وسلم لها فى صحته فهو لها خاصة اهـ .

نزاع الورثة مع البنت

رجح ابن عابدين القول القائل بأن ما قيل بالنسبة للنزاع بين البنت وأبيها فى الجهاز هو ما يحكم بالنسبة للنزاع بين البنت وورثة أبيها[١] . وكذلك الحال بالنسبة للنزاع بين البنت وأمها فى جهاز البنت الذى سلمته لها أمها .

الاختلاف فى متاع البيت

تحديد المتاع لغة

المتاع فى اللغة هو : كل ما ينتفع به انتفاعاً قليلا غير باق وينقض عما قريب . ومتاع البيت ما ينتفع به فى بيت الزوجية . ويشمل ذلك الجهاز وغيره من أثاث البيت والأدوات المنزلية .

اختلاف الزوجين فى متاع البيت

إذا اختلف الزوجان فى أثاث المنزل الذى يقيمان فيـــه فإما أن يكون الخلاف بينهما نشأ حال قيام الزوجية بينهما أو بعد افتراقهما بطلاق أو ما فى معناه . وتفصيل الحكم فى ذلك فيما يلى :

من له بينة حكم له :

لو حدث الاختلاف بين الزوجين حال قيام الزوجية بينهما ، أو بعد

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٠٤ ، ٥٠٥ وما بعدها ـ وفتح القدير على الهداية جـ٢ ص ٤٧٨ ، ٤٧٩ ، ٤٨٠ ، ٤٨١ .

الفرقة بينهما فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء كان المنزل ملكا لهما أو لأحدهما ، أو لغيرهما ، وسواء كان الأثاث الذى يتنازعان فى ملكيته مما يصلح للرجال فقط بأن كان الزوج معلماً وكان الخلاف فى كتب هى مراجع علمية . أو كان الخلاف فيما يصلح للنساء فقط كحلى ، وثياب خاصة بالنساء . وأقام أحد الزوجين البينة على دعواه حكم له بمقتضاها ؛ لأنه أثبت دعواه بدون معارضة بينة أخرى .

ترجيح بينة من يثبت خلاف الظاهر

وإن أقام كل من الزوجين بينة على دعواه رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر ؛ لأن البينات شرعت للإثبات .

فإذا ادعى الزوج فى هذه الحالة أن ثياب النساء التى فى منزل الزوجية هى ملك له اشتراها بماله الخاص وأقام بينة على ذلك . وأقامت الزوجة بينة على أن هذه هى ملك لها واستندت إلى أنها ملابس للنساء فالبينة التى ترجح فى هذه الحالة هى بينة الزوج . ولو كان الأمر بالعكس بأن كان مايدعى يشهد الظاهر أنه للزوج لا للزوجة كأدوات عيادة طبية والزوج من الأطباء وأقام كل من الزوجين البينة على أن هذه الأدوات هى ملك له فالبينة التى ترجح هى بينة الزوجة لأنها أثبتت خلاف الظاهر فيحكم لها بدعواها .

تعارض البينات يسقطها عند ما لا يشهد الظاهر لأيهما ويقضى لصاحب اليد مع يمينه .

وإذا تعارضت بينة الزوجة مع بينة الزوج وكان المتاع المتنازع عليه يصلح لهما سقطت البينتان ؛ لتعارضهما وعدم وجود مرجح لإحدى البينتين على الأخرى والقول للزوج فى هذه الحالة مع يمينه ؛ لأن الظاهر يؤيده

ويشهد له وهو صاحب اليد على البيت وما فيه والقول قول من يشهد له الظاهر بيمينه عند سقوط البينة لتعارضها مع بينة الآخر ، فإن نكل الزوج عن اليمين حكم للزوجة ؛ لأن النكول عن اليمين إقرار بدعواها ، أو بذل لها .

لا بينة لأحد الزوجين والمتاع يصلح لأحدهما

وإذا لم يقم أى من الزوجين بينة على ما يدعيه فيما يصلح للرجال فقط من المتاع حكم به للزوج مع يمينه وما يصلح للنساء فقط حكم به للزوجة مع يمينها ونكول من يشهد له الظاهر عن اليمين يعتبر مجبراً للقاضى بأن يحكم لخصمه ؛ لأن النكول عند الأحناف إقرار من الناكل بدعوى المدعى ، أو بذل للشىء المدعى به .

لا بينة لواحد من الزوجين والمتاع يصلح لهما

وإذا كان متاع البيت المتنازع فيه يصلح للزوجين معاً كالسرير ، والإناء ، والفرش . فيرى أبو حنيفة ومحمد (الطرفان) إن القول فى هذه الحالة قول الزوج مع يمينه لأن اليد يده فهو صاحب البيت وحينئذ كان الظاهر يشهد له فيحكم له بما ادعاه ؛ لأنه ظاهر قوى .

ويرى أبو يوسف : أن القول للزوجة فى مقدار ما يجهز به أمثالها عادة إعمالا للعرف والعادة .

الاختلاف بين ورثة الزوجين

والحكم فى حالة اختلاف ورثة الزوجين فى متاع البيت كالحكم فى حالة اختلاف الزوجين فيه حال حياتهما .

الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر

رأى أبى حنيفة : ويرى أبو حنيفة أن الحكم فيما لو اختلف فى متاع

البيت ورثة الزوجة مع الزوج كالحكم فيما لو اختلف الزوجان مع بعضهما فى المتاع حال حياتهما ـ أما لو اختلفت الزوجة مع ورثة زوجها المتوفى فى الأثاث الصالح للرجال والنساء ـ ففى هذه الحالة ـ يرى أبو حنيفة قبول قول الزوجة لا قول ورثة زوجها فهم لا يقومون مقامه فى هذه الصورة ؛ لأن الظاهر يؤيدها ويشهد لها فهى زوجة ويدها على محل النزاع تقوى حقها فيه فيكون القول قولها مع يمينها . فإذا نكلت الزوجة عن اليمين حكم لورثة زوجها.

رأى الصاحبين

ويرى أبو يوسف ومحمد أن الخلاف بين ورثة أحد الزوجين والزوج الآخر ـ زوجا ، أو زوجة يطبق فيه ما طبق فى الخلاف على المتـــاع بين الزوجين لو اختلفا حال حياتهما دون استثناء لحالة على حالة ومنهـا حالة ما لو كان المتاع مما يصلح للرجال والنساء معاً .

مهور غير المسلمين

إذا تزوج ذمى كتابى ، أو مجوسى على ميتة ، أو على غير مهر وذلك فى دينهم جائز ، ودخل بها ، أو طلقها قبل الدخول ، أو مات عنهـا فيرى أبو حنيفة أنه ليس لها مهر وإن أسلما ، أو رفع أحدهما إلينا ، أو ترافعا(١) . وهذا إذا لم يكن عندهم فى دينهم الحكم بمهر المثل فى هذه الحالات .

رأى الصاحبين :

يرى الصاحبان رأى الإمام أبى حنيفة السابق بيانه من أنه لامهر للمرأة الكافرة إذا طلقت وكانت قد تزوجت على خمر ، أو خنزير وذلك جائز

---

(١) فتح القدير على الهداية جـ ٢ ص ٤٨٣

فى دينهم أو تزوجت على أن لا مهر لها ثم طلقت وهذا بالنسبة للحربيين أما فى الذميين فيرى الصاحبان أنه إذا دخل بالذمية زوجها ثم طلقها وكان قد تزوجها على خمر ، أو خنزير أو على ألا مهر لها فلها مهر المثل ـ وإذا طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة .

رأى زفر :

ويرى زفر أن الذمية والمحاربة لو تزوجت على خمر أو خنزير ، أو على ألا مهر لها ثم طلقت بعد الدخول فلها مهر المثل ، إذ هو الواجب جزاء الانتفاع بالبضع عند عدم التسمية الصحيحة وما فى حكمها . فهذا هو حكم الإسلام فى الانتفاع بالبضع وهو حكم عام لأن النكاح من باب المعاملات والكفار يخاطبون بالمعاملات والله قد شرع ابتغاء النكاح بالمال (أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ولا متخذى أخدان) وهذا أمر عام وكل ما كان كذلك يثبت حكمه على العموم ، فالكفار مخاطبون بهذا الأمر . . والنكاح يصير عبادة بالنية والكافر ليس من أهلها فتمحض معاملة فى حقه(١) .

وجهة نظر أبى حنيفة :

يقول أبو حنيفة : إن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا فى الديانات . وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات .فليس بصحيح أنهم التزموا بعقد الذمة أحكامنا فى المعاملات فيما يعتقدون خلافه اللهم إلا ماشرط عليهم ، ولذا لا نمنعهم من بيع الخمر . والخنزير . وفيما لا يتدينون بحرمته كنكاح المحارم عند المجوس فهم لا يرون حرمة نكاح المحارم فلم يلتزم الذميون على اختلاف أنواعهم بالعمل بأحكامنا فى الديانات كالصوم والصلاة . ولا بما يعتقدون خلافه من المعاملات إلا ما شرط عليهم بالتزامه منها ولم نؤمر بإلزامهم بالعمل بخلاف

---

(١) راجع العناية على هامش فتح القدير ، وفتح القدير على الهداية جـ٢ ص ٤٨٣

ما يعتقدون إباحته بل أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ـ والحربيون لا ولاية لنا تلزمهم . والذميون بعقد الذمة صاروا كأهل الحرب فى عدم الالتزام . وانقطاع الولاية — ورد أبو حنيفة على من قال : إن الذميين يعاملون فى المعاملات بأحكامنا لأنهم التزموا ذلك بعقد الذمة بدليل أننا نعاملهم معاملة المسلمين فى أحكام الزنا . والربا فإنهم ينهون عن ذلك ويقام عليهم الحد ـ وولاية الإلزام متحققة بالنسبة لأنهم فى دارنا فالدار متحدة بخلاف الحربيين لتباين الدارين ـ رد على ذلك أبو حنيفة فقال : إن الولاية على الذميين بأحد أمرين ـ السيف ، أو المحاجة وليست بموجودة لانقطاعها عنهم بعقد الذمة فإنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون فلا سيف نسلطه عليهم ، ولا محاجة أو مناقشة فيما يدينون به من معاملات . فصاروا كأهل الحرب بل أولى منهم بتركهم ومعتقداتهم للمتعة الشرعية (١). أما الزنا فهو حرام فى الأديان كلها فلم يكن دينهم فلا نتركهم عليه ـ والربا مستثنى عن عقودهم لقوله صلى الله عليه وسلم : « إلا من أربى . فليس بيننا وبينه عهد » (٢)

رأى آخر منسوب لأبى حنيفة :

ونسب إلى أبى حنيفة القول بوجوب مهر المثل فيما لو تزوج حربيان وجعل

---

(١) المانع من التعرض لأهل الحرب هو المتعة الحسية وقد أمرنا بهدمها ـ والمانع من التعرض لأهل الذمة هو المتعة الشرعية بمقتضى عقد الذمة وقد أمرنا بتقريرها فصار أهل الذمة أولى بتركهم وما يدينون فى معاملاتهم من الحربيين .

(٢) روى هذا الحديث بمعناه القاسم بن سلام بسنده فى كتاب الأموال عن ابى المليح الهذلى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صالح أهل نجران فكتب لهم كتابا رساله وفيه « ولا تأكلوا الربا فمن أكل منهم الربا فذمتى منهم بريئة » وفى رواية « مصنف ابن أبى شيبة بسنده إلى الشعبى « كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى نجران وهم نصارى : أن من بايع منكم بالربا فلا ذمة له » .

المهر ميتة ،أو سكت عنه . والأصح في الرواية هو الأولى من أنه لا مهر فيما لو تزوج الكافر على ميتة أو خمر ، أو على ألا مهر للزوجة أو سكت عن المهر (١)

تعليل الصاحبين لرأيهما :

يرى الصاحبان أن الحربي غير ملتزم بأحكام الإسلام ؛ لأن ولاية الإلزام بالنسبة له منقطعة لتباين الدار بخلاف أهل الذمة لأنهم إلتزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا ، والزنا والتزامهم سببه وجود عقد الذمة بيننا وبينهم فأصبح النكاح يعاملون بأحكام الإسلام فيه كما يعاملون بأحكام الإسلام في الزنا والربا فيقام عليهم الحد ونهاهم عن الربا وتحكم بفساده . والنكاح من المعاملات عندهم إذ هو لا يصير عبادة إلا بالنية عندنا فتجرى أحكامه عليهم من لزوم النفقة والعدة ، وثبوت النسب ، والتوارث به ،وثبوت خيار البلوغ ، وحرمة المطلقة ثلاثا ، ونكاح المحارم .

آثار هذا الخلاف

وتأسيسا على الخلاف السابق لو تزوج ذمى ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما فالواجب هو الآتى :

عند أبى حنيفة :

يرى أبو حنيفة وجوب ما سمى لها من مهر إذا كان ما سمى باقيا بعينه فلها الخمر والخنزير إذا أسلما أو أسلم أحدهما قبل قبض الصداق المذكور . وإن كانا غير معينين فلها فى الخمر قيمته ، وفى الخنزير مهر المثل .

---

(١) راجع الهداية وفتح القدير جـ ٢ ص ٤٨٤ .

رأى أبى يوسف :

وقال أبو يوسف لها مهر المثل إذا أسلم الزوجان أو أسلم أحدهما قبل قبض الصداق سواء كان الخمر والخنزير معينين أو غير معينين . وهو قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعى ـ وأحمد

رأى محمد :

ويرى محمد وهو رأى لأبى يوسف أولا ثم عدل عنه ـ ومفاد هذا الرأى أن للمرأة قيمة الخمر ، والخنزير فى كلتا الحالتين سواء كان ما ذكر من خمر أو خنزير معينين أولا .

نفقة الزوجة

نفقة الزوجة من الحقوق المالية الواجبة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج ولبيان نفقة الزوجة نقول .

معنى النفقة لغة :

النفقة فى اللغة هى : ما ينفقه الإنسان على عياله .

المعنى الاصطلاحى :

والنفقة فى اصطلاح الفقهاء هى الطعام والكسوة والسكن . وتطلق فى العرف الطارىء فى لسان أهل الشرع على الطعام فقط . ولذا يعطفون عليه الكسوة ، والسكن . والعطف يقتضى المغايرة .

أسباب وجوب نفقة الغير على غيره :

ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة هى :

الزوجية ـ القرابة ـ الملك (سواء كان المملوك من بنى آدم أو حيوان أو عقار)

سبب وجوب نفقة الزوجة :

تجب النفقة للزوجة بنكاح صحيح على زوجها ، ولو عبدا حتى يباع فى نفقتها ، وعلل الأحناف لذلك فقالوا إنه نتيجة للعقد الصحيح التزمت المرأة القرار فى منزل الزوجية وطاعة زوجها فهى إذن محتبسة لمنفعته والنفقة جزاء الاحتباس إذ القاعدة الشرعية : أن كل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته والزوجة محبوسة لمنفعة زوجها فتجب عليه نفقتها . فقد جاء فى الدر المختار(١) ما يأتى تجب النفقة للزوجة على زوجها بنكاح صحيح فلو بأن فساده أو بطلانه رجع بما أخذته من النفقة ، لأنها جزاء الاحتباس وكل محبوس لمنفعة غيره يلزمه نفقته ، كمفت ، وقاض ، ووصى . زيلعى ، وعامل ومقاتلة قاموا بدفع العدو ، ومضارب سافر بمال مضاربة ... »

شروط وجوب النفقة للزوجة على الزوج :

يشترط لوجوب النفقة للزوجة على زوجها ما يأتى .

١ - أن يكون الزواج زواجا صحيحا فلو بان فساد العقد ، أو بطلانه لا تجب النفقة لها على زوجها وللزوج أن يرجع بما أخذته من النفقه . قال ابن عابدين (٢) : « ولو كان النكاح صحيحا من حيث الظاهر ففرض لها القاضى النفقة ، وأخذتها شهرا ثم ظهر فساد النكاح بأن شهدوا أنها أخته رضاعا ففرق بينهما رجع عليها بما أخذت . ولو أنفق بلا فرض القاضى لم يرجع بشىء » .

٢ - أن تكون الزوجة ممكن الاستمتاع بها استمتاعا يتحقق معه

(١) ابن عابدين على الدر المختار جـ ٢ ص ٨٨٧ .
(٢) المصدر السابق .

المقصود من عقد الزواج . وذلك بأن تكون كبيرة ،أوصغيرة يمكن الدخول بها . فلو كانت صغيرة لا يمكن الدخول بها فلا تجب لها النفقة ؛ لأن احتباسها لا يوصل إلى المقصود منه وهو الاستمتاع بها استمتاعا أباحته الشريعة بمقتضى عقد الزواج فكان احتباسها فى هذه الحالة كعدمه .

ويرى بعض فقهاء الأحناف أنه إذا كانت المرأة يمكن أن يستمتع بها الزوج استمتاعا آخر غير الوطء كأن يستأنس بها ، ويمسها ، وتحفظ له البيت والمانع من الوطء مانع عارض كمرض فلها النفقة على زوجها حيث يكون مثلها مثل الزوجة الحائض ، والنفساء وهما لهما النفقة على الزوج مع هذا العذر الطارىء فكذلك المرأة الصغيرة التى يستأنس بها بغير جماع ، والمريضة التى نزل بها المرض فى منزل زوجها أو فى منزل والدها (١) .

٣ — أن تسلم نفسها لزوجها إذا طلبها وإلا تمنع نفسها منه إلا لعذر مبيح كأن تمنع نفسها حتى يؤدى لها مهرها المعجل ويرى بعض فقهاء الأحناف: أن للزوجة أن تمنع نفسها من زوجها حتى يوفيها كل مهر : معجل ومؤجل ، ولذا فلها النفقه على زوجها فى هذه الحالة ؛ لأن فوات الاحتباس بسبب من جهته وقد تفرع على ما تقدم الفروع الآتية .

١ — إذا امتنعت الزوجة من الانتقال لمنزل زوجها بدون عذر شرعى ، أو تركت هذا المنزل بعد أن انتقلت إليه بغير عذر شرعى ، فإنها تعتبر ناشزة فى هذه الحالة متى طلب منها الزوج أن تعود إلى المنزل أو تنتقل إليه وصممت على الامتناع إذ هى فى هذه الحالة قد خرجت عن طاعة زوجها بدون حق . والناشزة لا تستحق النفقة مدة نشوزها فإن رجعت إلى طاعة زوجها استحقت النفقة من حين عودتها إلى طاعته . وقال فقهاء الأحناف: أن الزوجة خرجت

---

(١) رد المختار على الدر المختار ج ٢ ص ٨٩٩ /

من منزل الزوجية وأبت أن تعود إليه ثم سافر زوجها إلى جهة أخرى ،وعادت هى إلى منزل الزوجية بعد سفره : خرجت عن كونها ناشزة فتستحق النفقة فتكتب إليه لينفق عليها ، أو ترفع أمرها للقاضى ليفرض لها عليه نفقة ، ورجح الكمال بن الهمام الرأى القائل بأن النشوز لا يكفى فيه خروج المرأة من منزل الزوجية بل لا بد من طلب الزوج إليها العودة إلى منزل الزوجية وامتناعها وعدم موافقتها على المجىء إلى المنزل سواء كان ذلك بعد خروجها من المنزل أو امتنعت من الذهاب إلى المنزل ابتداء .

النشوز يسقط النفقة :

وتسقط بالنشوز نفقة الزوجة المفروضة من وقت الحكم عليها بأنها ناشز حتى تعود إلى طاعة زوجها .

الخروج الحكمى نشوز :

ويشمل الخروج عن طاعة الزوج خروجها من منزل الزوجية خروجاً حقيقياً وامتناعها من العودة إليه بعد طلب الزوج منها أن تعود وكذلك فى حكم الخروج إذا كان المنزل للزوجة فمنعت زوجها من الدخول عليها فهى فى هذه الحالة كالخارجة مالم تكن قد سألت زوجها وطلبت منه أن ينتقل بها إلى منزله الذى يملكه ، أو يستأجر لها منزلا آخر غير منزلها . فإن كانت قد فعلت ذلك فمنعها زوجها من الدخول عليها فى منزلها لا يعتبر نشوزا ولها النفقة .

اعتراض ورد عليه

قال صاحب العناية : فإن قيل: الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها (الناشزة من النفقة) عنها . فالجواب:

انا لانسلم أنها لم تفصل : أى الجواب أننا لا نسلم بأن الأدلة الدالة على وجوب النفقة للمرأة على زوجها لم تفصل وتفرق بين الزوجة التى سلمت نفسها ، والزوجة التى تسلم نفسها لزوجها وحكم بنشوزها . وذلك لأنه تعالى قال : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وذلك يشير إلى تسليم المرأة نفسها لزوجها ؛ لأن الولادة بدون التسليم لا تتصور (١) .

٢ — لو حبست الزوجة ولو ظلماً فلا نفقة لها لفوات حق الزوج وهو احتباس المرأة ليتمتع بها .

وقال فقهاء الأحناف إن الحبس لو بسببها فالاحتباس فات على الزوج بسببها . ولو كان الحبس ظلماً فالاحتباس قد فات على الزوج بسبب ليس منه فلا يجعل الاحتباس باقياً تقديراً .

ويرى أبو يوسف أن للزوجة النفقة لو خطفها رجل وحال بينها وبين زوجها لأن المانع من الاحتباس فى هذه الحالة ليس من جهتها . لكن الفتوى على الرأى الأول لأن احتباس المرأة لحق الزوج قد ضاع بسبب ليس من جهته حتى يجعل باقياً تقديراً (٢) .

أما لو حبس الزوج فى جريمة فلزوجته النفقة ولو كان الحبس فى دين لزوجته عليه ، ومثل هذا إذا رضى الزوج بمنعه من مخالطة زوجته أو كان معيباً بعيب يمنعه من الجماع . فلها النفقة أيضاً فى هذه الحالة .

٣ — إذا سافرت الزوجة وحدها أو مع محرم فلا نفقة لها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها .

---

(١) شرح العناية على الهداية — البابرتى على هامش فتح القدير ج٣ ص ٣٢٤ .
(٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٦ .

وعن أبي يوسف أن لها النفقة ، لأن إقامة الفرض عذر . والواجب عليه نفقة الحضر دون السفر فى هذه الحالة (١) .

إما إذا كان السفر للحج بصحبة الزوج فللزوجة النفقة من غير خلاف .

٤ — إذا تزوج الرجل امرأة ذات حرفة ـ كأن تكون معلمة ، أو طبيبة أو ممرضة ، أو عاملة فى مصنع ، وكان عملها يشغل معظم وقتها وكان وقت زواجه بها يعلم حرفتها ورضى أن يتزوجها على أساس العمل الذى تقوم ، وظل وقتاً طويلا بعد الزواج بها لا يمنعها من العمل وهى مستمرة فى عملها فلها النفقة ولو طلب منها أثناء حياتهما الزوجية وبعد انقضاء زمن طويل أن تمتنع عن العمل فرفضت طلبه كان لها النفقة لرضاه بالاحتباس الناقص . لكن لو لم يرض بحرفتها وطلب عقب زواجه بها أن تترك حرفتها فامتنعت فلا نفقة لها (٢) .

كذلك يرى فقهاء المذهب أن للزوج أن يمنع زوجته من كل عمل يسىء إلى سمعته بأن تكون قد احترفت حرفة لا تتفق مع مكانة زوجها ، وكذلك له أن يمنعها من احتراف عمل يهدد صحتها ، أو ينقص من جمالها فقد ذكر الخير الرملى : أن للزوج أن يمنع زوجته من ارضاع ولدها من غيره وتربيته ، أخذاً مما فى التتار خانية عن الكافى فى إجارة الظئر : وللزوج أن يمنع امرأته عما يوجب خللا فى حقه ، وما فيها (أى التتار خانية) أيضاً عن السنغاقى :

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٦

(٢) جاء فى الدر المختار ج ٢ ص ٨٩١ : « ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه فلا نفقة لها لنقص التسليم . قال فى المجتبى : وبه عرف جواب واقعة فى زماننا : أنه لو تزوج من المحترفات التى تكون بالنهار فى مصالحها وبالليل عنده فلا نفقة لها انتهى : قال فى النهر وفيه نظر .

ولأنها فى الإرضاع والسهر تتعب ، وذلك ينقص جمالها ، وجمالها حق الزوج فكان له أن يمنعها . اهـ (١) » .

وعن البحر « أن له منعها من الغزل وكل عمل ولو قابلة ومغسلة اهـ(٢) » .

٥ — السفر بالزوجة : إذا أراد الزوج الانتقال إلى بلد آخر فامتنعت الزوجة من السفر وكان الزوج قد أوفاها عاجل صداقها فلا تجب لها النفقة ؛ لأن امتناعها عن السفر فى هذه الحالة يعتبر نشوزاً فالزوجة مع زوجها حيث أقام . هذا هو ظاهر الرواية . وجاء فى الدر المختار : بخلاف ما إذا خرجت من بيت الغصب ، أو أبت الذهاب إليه ، أو السفر معه أو مع أجنبي بعثه لينقلها فلها النفقة (٣) وعلى هذا فللمرأة الممتنعة عن السفر مع زوجها النفقة وذهب إلى ذلك أبو القاسم الصفار ، وأبو الليث السمرقندى ، وذلك لفساد الزمان ، ولأن الغربة مظنة الإيذاء (٤) . استحسن هذا بعض الفقهاء ، لأن الزوج يضارر زوجته بهذا السفر فيكون داخلا تحت النهى الوارد فى قول الله تعالى « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن (٥) » .

لا نفقة لهن :

جمع صاحب الدر المختار من لا نفقة لهن من النساء فقال :

لا نفقة لأحد عشر . مرتدة ، ومقبلة ابنه ، ومعتدة الموت ، ومنكوحة فاسداً وعدته ، وأمة لم تبوأ ، وصغيرة لم توطأ وخارجة من بيت زوجها بغير حق وهى الناشزة حتى تعود . ومحبوسة ولو ظلماً إلاإذا حبسها هو بدين له

(١ ، ٢ ، ٣) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ٨٩١ .

(٤) ابن نجيم جـ ٣ ص ١٩٢

(٥) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق .

فلها النفقة فى الأصح وكذا لو قدر على الوصول إليها فى الحبس ، ومريضة لم تزف أى لا يمكنها الانتقال معه أصلا، ومغصوبة كرهاً ، وحاجة ولو نفلا لا إن صحت معه (١) .

تقدير النفقة

نفقة الطعام

يرى فقهاء الأحناف أن نفقة الطعام غير مقدرة فى نفسها وإنما يجب للزوجة على زوجها ما يكفيها من الطعام . فإذا ما أقامت الزوجة مع زوجها فى مسكن واحد وأحضر لها طعاما يكفيها حسب التعارف كان مؤدياً لزوجته نفقة طعامها، وإذا قصر فى القيام بما يلزمها من طعام ، كان لها أن تطلب من زوجها أن يقدر لها مبلغاً من المال تشترى به ما يلزمها من طعام أو يحضر لها ما يلزمها من الطعام من أصناف معينة . فإن أبى طلبت من القاضى أن يفرض لها ما يلزمها لطعامها . وما يفرضه القاضى من نفقة على الزوج أو يفرضه الزوج على نفسه قد يكون أصنافاً معينة من الطعام من خبز ولحم وخضر وقد يكون مقابل هذه الأنواع بأن يفرض لها مبلغاً من المال لتشترى منه ما يلزمها من الطعام . ويراعى فى هذا المفروض ما يأتى :

١ — أن تراعى حالة الزوج المالية يساراً وفقراً (٢) بقطع النظر عن كون

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ ٢ ص ٨٨٩ وما بعدها .

(٢) هذا هو قول الكرخى وهو ظاهر الرواية فى المذهب قال الكمال بن الهمام وبهذا القول قال جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال فى التحفة إنه هو الصحيح — وبهذا قال الشافعى أيضا (راجع العناية على الهداية على هامش فتح القدير جـ ٣ ص ٣٢٢ وراجع ما كتبه الكمال بن الهمام فى فتح القدير ذات الجزء والصفحة) .

الزوجة غنية أو فقيرة ، فإن كان الزوج موسراً وجبت عليه نفقة الموسرين ولو كانت زوجته فقيرة ، وإن كان فقيراً وجبت عليه نفقة الفقراء حسب ما يستطيعه ولو كانت زوجته غنية ، ويتغير مقدار المفروض نفقة للزوجة بتغير حال الزوج من فقر إلى غنى وبالعكس . وإن كان الزوج متوسط الحال فالواجب عليه نفقة وسط بين نفقة الموسرين والمعسرين .

دليل هذا الرأى

استدل لهذا الرأى بالكتاب والسنة والمعقول حسب التفصيل الآتى :

الكتاب

أما الكتاب فقوله تعالى: « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » .

وجه الاستدلال

الآية صريحة فى إيجاب الإنفاق على الزوج لزوجته حسب سعته وقدرته وإن النفقة واجبة عليه لزوجته مهما كان فقيراً حسب ما آتاه الله من رزق فتقدر بحسب حاله غنى أو فقراً أو وسطاً بين الغنى والفقر فلا يكلف الزوج الفقير بأن ينفق على زوجته نفقة صاحب اليسار والغنى وإلا كان ذلك تكليفاً بما لا يستطاع . ولا يكلف الله نفساً بشىء لا تستطيعه فانتفى بذلك النص وجوب نفقة الغنى للزوجة الغنية على زوجها الفقير . ومن ذلك كان اعتبار حال الرجل فى الحالتين معاً حالة غناه وحالة فقره فلا مصير إلى غيره [1] .

---

(١) هذا هو قول الكرخى وهو ظاهر فى المذهب قال الكمال بن الهمام وبهذا القول قال جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال فى التحفة إنه هو الصحيح — وبهذا قال الشافعى أيضا (راجع العناية على الهداية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٢ راجع ما كتبه الكمال بن الهمام فى فتح القدير ذات الجزء والصفحة) .

السنة

وأما السنة فنها ما رواه أبو داود عن معـــاوية القشيرى قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت ما تقول فى نسائنا قال : « أطعموهن مما تأكلون ، واكسوهن مما تكتسون ، ولا تضربوهن ، ولا تقبحوهن »(١) .

وجه الاستدلال

الحديث نص صريح فى أن للمرأة الطعام والكسوة على زوجها بحسب قدرته وحاله فطعامها كطعامه : إما طعام الأغنياء أو طعام الفقراء . وكسوتها مثل ما يلبسه من كسوة فاخرة ، أو كسوة يرتديها الفقراء ، أو كسوة يقتنيها متوسطى الحال ـ فللمرأة على زوجها ما لنفسه عليه من طعام ، وكسوة ـ وهذا هو المراد باعتبار حال الرجل فى الغنى والفقر لا حال المرأة .

المعقول

وقال أصحاب هذا الرأى أن المرأة يتزوجها المعسر قد رضيت بحاله وقبلت النفقة التى يقدر عليها وهى نفقة المعسرين ولو كانت موسرة ولذلك تكون قد أسقطت حقها فى اعتبار حالها فى تقدير النفقة .

٢ ــ كذلك يراعى فى تقدير النفقة كفاية النفقة للزوجة فيراعى حال الأسعار غلاء ورخصاً حيث الفرض وحالة الزوجة من حيث الشباب والهرم ، والوقت ، والمكان ولهذا كان من حق الزوج طلب تخفيض ما فرض عليه من نفقة إذا ساءت حالته المالية من يوم الفرض . أو إذا أصبح المفروض يزيد عن قدرته نظراً للظروف السابقة ، أو كان فوق ما يكفى الزوجة بالنسبة لحالته المالية .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٧٣ وراجع زاد المسلم ج ٤ ص ٢٧٠ .

وللمرأة كذلك أن تطلب زيادة المفروض لها إذا تطلبت الأحوال السابق بيانها زيادة فى الأعباء المالية التى تواجهها .

الكسوة

الكسوة واجبة للزوجة على زوجها من وقت العقد الصحيح وقد نص الفقهاء : على أن الواجب الأصلى للمرأة كسوتان فى كل سنة ، إحداهما للصيف ، والأخرى للشتاء ، ولا يجب غيرهما إذا ثبت عدم كفايتهما وإذا امتنع الزوج عن أداء الكسوة بنفسه لزوجته كان لها أن تطلب من القاضى فرض مقدار من المال معين لتشترى به الكسوة فى كل ستة أشهر ، وللقاضى أن يفرض لها قدراً معيناً مع نفقة الطعام شهرياً فى مقابل الكسوة . لكن إذا قام الزوج بنفسه بكسوة زوجته وإحضار ما تحتاج إليه من الثياب بما يتناسب مع حالته المالية ومنزلته الاجتماعية كفاه ذلك . والواجب مراعاة كفاية الزوجة بالنسبة لكسوتها ، وما يجرى به عرف البلد الذى تعيش فيه وطبيعة جوه .

المسكن

قلنا أن النفقة الواجبة للزوجة على زوجها تشمل المسكن وأن على الزوج أن يعد لزوجته المسكن المستوفى للشروط الشرعية لقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » فإذا أعد الزوج هذا المسكن وجب على الزوجة الإقامة فيه فإذا امتنعت دون وجه شرعى ، أو خرجت عن طاعة زوجها فى المسكن بعد أن انتقلت إليه بغير حق كانت ناشزة فتسقط نفقتها عليه مدة نشوزها فلا تستحقها فى تلك المدة . وإن عادت بعد نشوزها تجب لها النفقة التى كانت مفروضة لها من وقت عودتها من غير حاجة إلى فرض جديد ؛ لأن النشوز لا يسقط نفس الفرض بتراض أو تقاض ، وإنما يسقط المفروض

فلا تستحقه مدة النشوز . وإن لم يهيء الزوج لزوجته مسكناً شرعياً يصلح لسكنى زوجته فرض القاضى لها أجرة مسكن إذا طلبت الزوجة ذلك . ويراعى فى فرض أجرة المسكن حال الزوج المالية ، وأجور المساكن .

الأمور التى يجب توافرها فى مسكن الزوجية

لا يكون المسكن الذى يعده الزوج لزوجته مسكناً شرعياً إلا إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

١ — أن يكون مسكناً لائقاً بحال الزوج المالية سواء كان منزلا مستقلا أو شقة ، أو غرفة فى منزل بحسب يسار الزوج وعرف أمثاله فى المسكن . فإذا كان مثله يسكن فى منزل مستقل ، أو فى شقة كان عليه أن يسكنها فى ذلك. وإذا كان مثله يسكن فى حجرة كان المسكن الشرعى لزوجته حجرة تأمن فيها على نفسها ، ومالها .

٢ — أن يكون المسكن مشتملا على جميع المرافق المنزلية ، وعلى الأدوات اللازمة المناسبة لحال الزوج المالية ، فلابد وأن يوجد فى منزل الزوجية كل ما يلزم للسكنى من أثاث وفرش وآنية تلزم للطبخ والغسيل وما تحتاج إليه المرأة فى حياتها الزوجية . وأن يكون مشتملا على المرافق الضرورية اللازمة للحياة بحسب العصر والزمن الذى يعيش فيه الزوجان : ففى عصرنا هذا لا بد فى مسكن الزوجية من دورة مياه ، ومطبخ ، ومنشر وأن تكون تلك المرافق خاصة بالسكن لا يشترك فيها أحد من أهل المساكن الأخرى إلا إذا كان الزوج فقيراً من الذين يسكنون فى مساكن مرافقها مشتركة . وعلى القاضى أن يراعى العرف والعادة فى هذا الأمر .

٣ — أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأمن فيه الزوجة على نفسها ، ومالها .

٤ — أن يكون المسكن خالياً من سكن الغير ولو كان من أهل الزوج وأولاده من غيرها إلا إذا كان ولده من غيرها صغيراً غير مميز ؛ لأن راحة الزوجة فى السكن حق من حقوقها وسكن الغير معها يضايقها ويقيد حريتها ويمنعها من تمام المعاشرة مع زوجها وقد لا تأمن على نفسها أو مالها منه .

وليس للزوجة أن تسكن فى مسكن الزوجية أحداً من أهلها وأولادها من غيره ولو كان ولدها صغيراً مميزاً بدون إذن زوجها ورضاه ؛ لأن المسكن له فلا يشاركه فيه أحد إلا بإذنه ورضاه بذلك .

المسكن الذى تقيم به ضرة الزوجة

وإذا كان المسكن الذى أعده الزوج لزوجته بيتاً من دار بها عدة حجر ولكل حجرة مرافقها الخاصة بها ، أو كان شقة فى منزل به عدة شقق وتسكن ضرة الزوجة فى إحدى تلك الحجر ، أو فى شقة من تلك الشقق فللزوجة أن تطلب من زوجها نقلها من هذا المسكن إلى سكن آخر بعيد عن ضرتها ولو كانت ضرتها لم يحصل لها منها إيذاء بالفعل ؛ لأن قربها مظنة الإيذاء . فإن مجرد وجود الضرة قريبة من الزوجة هو إيذاء لها :

رأى آخر

قال صاحب فتح القدير : والذى فى شرح المختار هو : ولو كانت فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ، إن أخلى لها بيتاً ، وجعل له مرافق وغلقاً على حدة فليس لها أن تطلب بيتاً . ولو شكت أنه يضربها ويؤذيها ، إن علم القاضى ذلك زجره . وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بهم ، أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى عليهم[١].

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٣٣٥ .

الدليل على وجوب السكن للزوجة

أوجب الله المسكن على الزوج لزوجته مقروناً بالنفقة بقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وفى قراءة ابن مسعود : « أسكنوهن من حيث سكنتم ، وأنفقوا عليهن من وجدكم » .

وجه الاستدلال

قرن الله سبحانه وتعالى وجوب المسكن للزوجة على زوجها بوجوب النفقة فقد قال سبحانه : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن . وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن . . . » فدل ذلك على أن المسكن واجب للمرأة حقاً وأنه حق مستقل عن النفقة وأنه يجب لها مقروناً بالنفقة إن كانت الزوجة ممن تجب لها النفقة . وقد ظهر هذا واضحاً فى قراءة عبد الله بن مسعود : « أسكنوهن من حيث سكنتم ، وأنفقوا عليهن من وجدكم » .

حق الزوج فى منع والدى زوجته

قال فقهاء الأحناف : إن للزوج أن يمنع والدى زوجته ، وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها ؛ لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه . وليس له أن يمنعهم من النظر إليها أو الكلام معها فى أى وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم . وكلام الوالدين مع ابنتهما ليس فيه ضرر .

رأى آخر

وفى رأى آخر فى المذهب يقول : ليس للزوج الحق فى أن يمنع والدى زوجته أن يدخلا المسكن الذى أعده لزوجته فلهما حق زيارتها والدخول عليها والكلام معها . ولكن له الحق فقط فى أن يمنعهما من القرار والدوام .

رأى ثالث يحدد الزيارة بأسبوع :

فى المذهب رأى يقول بأنه لا يجوز للزوج أن يمنع زوجته من الخروج إلى الوالدين ، ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة . أما غيرهما من المحارم فلها الخروج لزيارتهم ولهم زيارتها فى منزل الزوجية فى كل سنة مرة . وقيل كل شهر مرة والأول هو الصحيح .

نفقة الخادم :

تفرض على الزوج إذا كان موسرا [١] نفقة خادم للزوجة لأن هذا من كفايتها إذ لا بد منه وكفاية الزوجة واجبة على زوجها وقيد بعض فقهاء المذهب من الزوجة فى أجرة خادمها بما إذا كانت ممن تخدم فى بيت أبيها وقال الخصاف لها الحق فى أجرة الخادم مطلقاً - ففى أدب القاضى قال الخصاف ما يأتى: « فرض ما تحتاج إليه من الدقيق ، والدهن ، واللحم والأدام فقالت : لا أخبز ولا أعجن ، ولا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه ، وعلى الزوج أن يأتى بمن يكفيها عمل ذلك . وقال الفقيه أبو الليث معلقاً على كلام الخصاف فقال: « هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ ، والخبز . أو كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها . فإن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله » وفى بعض المواضع تجبر على ذلك . قال السرخسى : لا تجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الأدام وهو الصحيح [٢]

---

(١) قال صاحب العناية اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكاة .. (راجع العناية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨ وما بعدها .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨ وما بعدها .

حاجة الزوجة لأكثر من خادم :

إذا احتاجت المرأة إلى أكثر من خادم فعند أبى حنيفة لا يجب على الزوج إلا نفقة خادم واحد ، لأن الزيادة عليه من باب الترف الذى لا يلزم الزوج . والخادم الواحد يصلح لتأدية مصالح الداخل ومصالح الخارج فلا ضرورة إلى أكثر من واحد . ولأنه لو تولى خدمتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه ،

رأى أبى يوسف :

ويرى أبو يوسف أنه تفرض على الزوج الموسر نفقة لخادمين إذا احتاجت إليهما الزوجة لأنها قد تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل ، وإلى الآخر لمصالح الخارج وقول أبى يوسف هو الموافق للعرف وهو المفتى به الآن .

نفقة الخادم على الزوج المعسر:

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا تفرض على الزوج المعسر نفقة خادم لزوجته ولو كانت ممن كانت تخدم فى بيت أبيها لأن هذا للترف ولا يلزم هذا إلا فى حالة اليسار والواجب على المعسر أدنى الكفاية . وقال محمد : إذا كان للزوجة خادم فى بيت أبيها تفرض لها نفقة خادم ؛ لأنها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض نفقة الخادم كما لو كان موسراً لأنه من كفايتها الواجبة عليه .

رأى آخر فى تقدير النفقة :

فى المذهب رأى آخر يقول : إنه عند تقدير نفقة الزوجة يجب مراعاة حال الزوجين غنى وفقراً ـ وهذا هو اختيار الخصاف وتفسير هذا الرأى هو كما يلى :

أولا : إذا كان الزوجان موسرين فتجب نفقة اليسار .

ثانياً : إذا كانا معسرين فتجب نفقة الإعسار .

ثالثاً : إذا كان الزوج موسراً والزوجة معسرة تجب نفقة للزوجة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات .

رابعاً : إذا كان الزوج معسراً والزوجة موسرة يفرض لها نفقة وسطاً ؛ فيقال للزوج تكلف أن تطعمها فوق ما يطعم الفقراء ودون ما يطعمه الأغنياء .

دليل هذا الرأى

استدل لهذا الرأى بقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف ، وذلك حينما جاءت إليه صلى الله عليه وسلم وقالت له : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : « خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

وجه الاستدلال بالحديث :

الحديث صريح فى اعتبار حال المرأة فى النفقة فقد أمرها أن تأخذ من مال زوجها بقدر كفايتها فمن قال أنه يراعى حال الزوج فقط فى النفقة فهو قول مردود بهذا الحديث الذى نص على مراعاة حال الزوجة فى النفقة .

حبس الزوج فى دين النفقة

إذا امتنع الزوج عن أداء ما فرضه على نفسه لزوجته أو ما فرضه القاضى عليه لها فإن كان موسراً وله مال ظاهر باع القاضى من ماله جبراً عليه وأعطى الثمن لزوجته لتنفق منه على نفسها . وإن لم يكن له مال ظاهر مع ثبوت يساره وطلبت الزوجة حبسه أجابها القاضى وقضى بحبسه ، جزاء له على مماطلته فمطال الغنى ظلم .

مدة الحبس :

ليس للحبس فى دين النفقة مدة معينة ثابتة ، لأن الغرض من حبس الزوج هو حمله على أداء النفقة وإكراهه على ذلك وذلك يختلف باختلاف الناس والمرجع فى تقدير المدة التى يظن ظناً غالباً أنها تجعل الزوج المماطل يسرع ويدفع ما عليه من ديون النفقة لزوجته هو إلى القاضى . وقد روى عن أبى حنيفة أن أدنى مدة الحبس شهر وأقصاها ثلاثة أشهر .

المعمول به فى المحاكم المصرية :

والمعمول به الآن أنه إذا حكم على شخص حكما نهائياً بنفقة زوجية ، أو قرابة ، أو أجرة رضاع أو حضانة . فامتنع عن أدائها كان للمحكوم لها بذلك أن ترفع الأمر إلى المحكمة الجزئية التى أصدرت الحكم أو إلى المحكمة التى بدائرتها محل التنفيذ طالبة حبسه . ومتى ثبت للمحكمة أن المحكوم عليه قادر على القيام بأداء ما حكم به أمرته بالأداء فإن لم يمتثل حكمت بحبسه مدة لا تزيد على ثلاثين يوماً . فإن أدى المحكوم عليه بالحبس المطلوب منه أو أحضر كفيلا أخلى سبيله ، وإذا نفذ عليه الحكم ولم يدفع المبلغ الذى حبس من أجله فلا يسقط شىء مما حكم به وللمحكوم له الحق فى الحصول على هذا المبلغ بإحدى طرق التنفيذ الأخرى . ولا يحبس فى الدين الواحد أكثر من مرة (راجع نص المادة ٣٤٧ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بمسائل الأحوال الشخصية) .

حبس الكفيل :

إذا أحضر الزوج كفيلا بالنفقة المحكوم بها فلا ينفذ حكم النفقة عليه بطريق الحبس ولكن ينفذ فى ماله بالطرق الأخرى دون حاجة إلى الحكم عليه بالتنفيذ متى كانت الكفالة صادرة بالطريق الرسمى .

حبس القيم على المحجور عليه :

إذا كان المحكوم عليه بالنفقة محجورا عليه فيطالب بأداء النفقة وليه فى المال فإذا امتنع عن الأداء حكم بحبسه متى كان للمحجور عليه مال يمكن الاستيفاء منه .

لا يحبس الزوج المعسر :

ولو كان الزوج معسراً وطلبت الزوجة حبسه لعدم دفعه دين النفقة فلا يحكم بحبسه ؛ لأن الحبس جزاء الظلم وظلم الزوج لزوجته هو فى مماطلته فى سداد النفقة . ولا يقال عن الفقير المعسر إنه مماطل فى السداد فلا ظلم منه لزوجته فى عدم دفعه نفقتها فى هذه الحالة - فحبس الفقير فى هذه الحالة لا يفيد ما يفيده حبس الزوج الموسر وهو إكراهه على إظهار ماله . وأداء ما وجب عليه . وللقاضى أن يأذن الزوجة فى الاستدانة عليه إذا طلبت ذلك .

الإذن للزوجة بالاستدانة :

إذا أذن القاضى للزوجة بالاستدانة على زوجها كان هذا مانعاً من سقوط المفروض على القول الصحيح فى المذهب لأن استدانتها النفقة بإذن القاضى كانت كاستدانة زوجها بنفسه . وإذا استدان الزوج نفقة زوجته ليؤديها لها لم تسقط بالموت فكذلك إذا استدانتها بإذن القاضى لعموم ولايته .

رأى آخر :

وفى المذهب رأى يقول ؛ إذا قضى على الزوج بنفقة ومضت عدة شهور قبل أن تقبض الزوجة ما قضى لها به سقط المفروض المتجمد لها وعللوا لذلك بأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل الموت قبل القبض - وبهذا قال الخصاف .

الرأى الراجح :

والرأى الراجح هو الرأى الأول وهو ما ذكر الحاكم الشهير من أن الزوجة إذا كان القاضى أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت ؛ لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضى فكان كاستدانة الزوج نفسه .

سقوط المفروض بالطلاق :

قال الكمال بن الهمام وعلى الخلاف السابق فى مسألة سقوط متجمد النفقة الذى لم يقبض بموت أحد الزوجين يجرى الخلاف أيضاً فى سقوط النفقة المتجمدة بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق . والصحيح أنها لا تسقط (١) .

والد الزوجة ينفق

إذا تزوجت المرأة رجلا فأعسر ولم تجد زوجته ما تنفق منه ، ولم تجد من تستدين منه . كان على من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة كأبيها أو أخيها أن يعطيها ما قرره القاضى ويكون ذلك ديناً على الزوج يرجع به إذا أيسر . وإذا امتنع من تجب عليه نفقتها لو لم تكن متزوجة من إعطائها النفقة مع قدرته على ذلك جاز للقاضى ـ بعد أن ينذره ويهدده ـ أن يحكم بحبسه حتى يعطيها ما تنفق منه .

لا طلاق للإعسار

إذا طلبت زوجة المعسر من القاضى أن يفرق بينها وبين زوجها لإعساره وعجزه عن النفقة فلا يجيبها القاضى إلى طلبها ويقال لها استدينى عليه أى اشترى الطعام نسيئة على أن تقضى الثمن من مال الزوج . وقال الشافعي

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٣٢ .

يفرق بينهما ؛ لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضى منابه فى التفريق كما فى الجب والعنة بل أولى ؛ لأن الحاجة إلى النفقة أقوى .

أدلة الأحناف :

إستدل الأحناف على عدم جواز تطليق الزوجة لإعسار زوجها بالكتاب والمعقول فقالوا :

الكتاب :

أما الكتاب فقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة »[1] .

وجه الاستدلال :

أبانت الآية أن المدين إذا أعسر يؤجل ماعليه من ديون إلى وقت ميسرته وغاية النفقة أن تكون ديناً فى الذمة . وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص القرآنى ومتى كانت المرأة الدائنة لزوجها بنفقتها عليه ملزمة بأن تنتظر حتى وقت ميسرة زوجها ولا يكون للزوجة الحق فى طلب النفقة من زوجها المعسر ، وبالتالى لايكون لها الحق فى طلب التفريق بسبب امتناعه عن النفقة .

ويؤكد ذلك كله أن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان فيهم المعسر والموسر ، وكان المعسرون منهم أضعاف الموسرين . ولم يؤثر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه مكن امرأة قط من فسخ نكاحها بسبب إعسار زوجها ، ولا أعلمها بأن الفسخ حق لها . ولو كان من المقرر شرعاً أن المرأة تملك الفسخ بإعسار زوجها لرفع إليه ذلك ولو من امرأة واحدة . فإنهن قد رفعن إليه شكاتهن فيما هو دون ذلك ، وأندر منه .

---

(١) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

المعقول :

قال الأحناف : إن التفريق بسبب العجز عن الإنفاق أو الامتناع عن الإنفاق يترتب عليه إبطال حق الزوج ، إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد وهو عقد الزواج من جديد . وعدم التفريق يترتب عليه تأخير حق الزوجة إلى وقت الميسرة ، وتأخير الحق أهون شأناً من إبطاله وارتكاب أخف الضررين إذا لم يكن مفر من ارتكاب أحدهما أمر واجب العمل به .

رد الأحناف على ما قاله جمهور الفقهاء :

يرى جمهور الفقهاء جواز إجابة المرأة إلى طلبها للتطليق على زوجها لإعساره قياساً على جواز التطليق للجب ، والعنة بل إن التطليق لإعسار الزوج أولى لأن البدن يبقى بلا وطء ، ولا يبقى بلا قوت ، ولأن منفعة الجماع مشتركة بينهما فإذا ثبت جواز الفسخ لعدم الجماع الأمر المشترك بين الزوجة والزوج فلأن يثبت إذا فات حق الزوجة الخاص وهو النفقة من باب أولى وقياساً على المرقوق فإنه يباع إذا أعسر بنفقته .

وقد رد فقهاء الأحناف على ماقاله جمهور الفقهاء فقالوا : إن قياس الإعسار بالنفقة على الجب والعنة والمملوك قياس مع الفارق وهو باطل . وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال وهو أمر تابع فى باب النكاح أما العجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد ، والتناسل . ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن المقصود الأصلى بعقد الزواج جواز الفرقة بسبب العجز عن أمر هو من توابع النكاح لا من مقاصده الأصلية فإن قيل لا فائدة فى الإذن للمرأة بالاستدانة بعد فرض القاضى النفقة لها لأنها صارت ديناً بفرضه فيقال رداً على ذلك إن من فوائد الإذن للمرأة بالاستدانة مع الفرض أنه يمكنها

إحالة القديم على الزوج من غير رضا الزوج فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج . كذلك يلزم من التفريق للعجز عن الإنفاق إبطال حق الزوج لا إلى خلف لأن حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج ، ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك .

وفى حالة الإعسار بالنفقة تصير النفقة ديناً للزوجة على زوجها لا يؤديها وقت الميسرة .

أما المملوك فإذا جاز بيعه فى النفقة وأعسر بها وهو إبطال لحق سيده فهذا لا يجيز إبطال حق الزواج إذا أعسر بالنفقة بتطليق زوجته عليه للإعسار وذلك لأن فى بيع المملوك عند إعساره بالنفقة إبطال حق السيد إلى خلف هو الثمن فإذا عجز عن نفقته كان العدل من الجانبين فى إلزام سيده ببيعه ، إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد بخلاف إلزام الفرقة فإنه إبطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الإجماع على أن فى الرقيق لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضى عليه (١) .

توضيح رأى الفقهاء :

يرى جمهور الفقهاء جواز تطليق المرأة على زوجها المعسر لإعساره بنفقتها واستدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

الكتاب :

أما الكتاب فقد استدلوا بقوله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان (٢)» وبقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » (٣) .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(٢) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة (٣) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة .

وجه الاستدلال :

الآية الأولى صريحة فى وجوب إمساك الزوج زوجته بغير مضارة لها ، والعاجز عن النفقة ، أو المنع عن الإنفاق فى إصراره على عدم طلاق زوجته مع عدم النفقة هو عجز عن الإمساك لها بمعروف فيلزمه التسريح بإحسان فإن أبى ناب القاضى منابه كما فى الجب والعنة بل هنا أولى ، لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الحاجة إلى الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثانى .

وجه الاستدلال بالآية الثانية :

نهت الآية عن الإمساك للزوجة إضراراً بها . وفى إمساكها مع الامتناع عن النفقة إضراراً بالزوجة واعتداء عليها وعلى القاضى إزالة الضرر متى طلب منه إزالته فالضرر يزال » .

السنة

أما السنة فنها ما روى عن أبى الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما : قال نعم . قلت له : سنة . قال : سنة .

وجه الاستدلال :

نسب سعيد بن المسيب التفريق بين الزوجين للاعسار بالنفقة إلى أنه من السنة . والسنة إذا أطلقت انصرفت إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيكون مفاد ذلك أن سنة رسول الله صلى عليه وسلم تجيز تطليق الزوجة على زوجها لإعسار زوجها بنفقتها . (١)

---

(١) رد الأحناف على ذلك فقالوا إن قول سعيد : سنة لا يراد به أنه من سنة النبى صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك ، غير مريد به . قال الطحاوى =

المعقـول :

قال جمهور الفقهاء : أن عجز الزوج عن جماع زوجته لجب أو عنة يجيز لإجابة طلبها تطليقها عليه ولأن تجاب إلى طلبها هذا عند عجز الزوج من الإنفاق عليها أولى . فالضرر فى الحالة الأخيرة أشد من الضرر فى الحالة الأولى.

تنبيه :

مذهب الحنيفة هو الذى كان معمولا به قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، أما بعد صدور القانون المذكور فإن للزوجة الحق فى طلب التفريق بسبب عجز الزوج عن الإنفاق على زوجته ، أو إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته مع قدرته على الإنفاق أخذاً برأى جمهور الفقهاء فى هذا الموضوع .

نفقة زوجة الغائب :

المراد بالغائب من تعذر إحضاره إلى مجلس القضاء لسؤاله عن الدعوى ،

كان زيد بن ثابت يقول المرأة فى الأرش كالرجل إلى ثلث الدية فإذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل . قال ربيعة بن عبد الرحمن : قلت لسعيد بن المسيب : ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة ؟ قال : عشر من الإبل . فإن قطع إصبعين ؟ قال : عشرون من الإبل : قلت . فإن قطع ثلاثا ؟ قال : ثلاثون من الإبل . قلت : فإن قطع أربعا من أصابعها ؟ قال : عشرون من الإبل . قلت سبحان الله . لما كثر ألمها ، واشتد مصابها قل أرشها؟ قال : إنها السنة . قال الطحاوى : لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة ـ ولهذا فما قاله سعيد بن المسيب مفيداً أن طلاق الزوجة للإعسار هو سنة إنما هو قول اعتمد فيه على ما نقل عن أبى هريرة موقوفاً عليه وليس من قبيل سنة الرسول صلى الله عليه وسلم . هذا إذا سلما أن سعيد بن المسيب قال ذلك وإلا فال يصح أنه قال بعد ذلك وأنه يقول كقولنا من عدم جواز التطليق للإعسار فاضطرب المروى عن أبى سعيد فى هذا الموضوع فسقط الاستدلال به (فتح القدير جـ ٣ ص ٣٣١) .

بعيداً كان أو قريباً ولو كان مختفياً فى البلد الذى توجد فيه زوجته . وأما إذا كان يسهل إحضاره إلى مجلس القضاء فلا يعتبر غائباً .

رأى الأحناف :

الغائب إذا كان له مال ظاهر من جنس ما تقدر به النفقة كالغلال . والنقود أو الثياب التى هى من جنس حقها فى الكسوة فلا يخلو الحال من الأحوال الآتية :

المال تحت يد الزوجة :

إذا كان المال تحت يد الزوجة فلها أن تأخذ من هذا المال ما يكفيها من غير رضاه لحديث هند امرأة ابى سفيان فقد روى أن هندا زوجة ابى سفيان شكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شح زوجها فقال لها الرسول صلى الله عليه وسلم خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

مال الزوج فى يد غير الزوجة :

أما لو كان مال الزوج تحت يد إنسان آخر غير الزوجة بأن كان وديعة عنده ، أو دينا فى ذمة أحد ، أو حقا فى وقف تحت يد ناظر الوقف . فإن اقر الذى تحت يده مال الزوج بزوجية المرأة ، وبنسب ولدها إن كانت تطلب نفقة لولدها منه ، وأقر بأن المال الذى تحت يده هو مال الزوج فرض القاضى فى هذا المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار لأنه بإقراره بالزوجية وبمال الزوج كان للمرأة الحق فى أخذ النفقة دون توقف على رضا الزوج وإقرار صاحب اليد مقبول فى حق نفسه . وكذلك الحكم إذا علم القاضى بأن التى تطلب النفقة هى زوجة للغائب ، وأن المال الذى عند من طلبت المرأة امره بالأداء هو مال الزوج الغائب فعلى القاضى أن يفرض للزوجة نفقة فى مال

زوجها الغائب ويأمر من يضع يده على المال بأداء ما يفرض لها من نفقة . وذلك بعد أن يستوثق للغائب ويحتاط لحفظ حقه خشية أن تكون المرأة كاذبة فى دعواها ، أو غير محقة فيها فيستحلفها يمين الاستيثاق وهى أن يحلفها على أن زوجها لم يعجل لها النفقة ، وأنها ليست ناشزة. ولا مطلقة قد انتهت عدتها . فإذا حلفت دفع إليها النفقة ، وأخذ منها كفيلا ؛ لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها . فإن حدث ذلك كان الزوج مخيرا فى أخذ أيهما شاء من المرأة ، والكفيل .

إذا أنكر من فى يده المال :

وإذا أنكر من تدعى الزوجة أن فى يده مال الزوج أنها زوجة للغائب ، أو أنكر أن للغائب مالا أو أنكر الأمرين معا ، ولا علم للقاضى بالزوجية وبالمال فلا تقبل بينة المرأة فى أحد الأمرين ؛ لأن بينة الزوجة إما أن تكون لإثبات زوجيتها ، أو لإثبات أن للزوج مالا فى يد هذا الغير . فإن كانت لإثبات الزوجية ـ فالغير هذا ليس بخصم فى هذا الأمر وإن كانت بينة الزوجة لإثبات أن المال الذى تدعى أنه عند الغير فالمرأة ليست بخصم فى إثبات حقوق الغائب . (١)

المال ليس من جنس النفقة :

إذا كان المال المودع عند الرجل المدعى عليه بأن للزوج عنده مال كان هذا المال المدعى وجوده ليس من جنس الحق المفروض للزوجة فلا تفرض النفقة فيه ؛ لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق بين أئمة المذهب فى هذه الحالة . (٢)

---

(١) فتح القدير والعناية على هامشه ج ٣ ص ٣٣٦ .

(٢) لا يباع المال هنا بالإتفاق من أئمة المذهب الحنفى. ذلك لأن أبا حنيفة الأصل =

الزوج ليس له مال ظاهر :

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وطلبت زوجته أمام القضاء فرض نفقة لها عليه مع إذنها بالاستدانة عليه بما يفرض لها من النفقة ، وأثبتت الزوجة دعواها ، أو كان القاضى عالماً بها حكم لها القاضى بالنفقة دون الزوجية . وأذن لها بالاستدانة على زوجها . فإن لم تجد من تستدين منه . أمر القاضى من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجة بأدائها . وإذا امتنع عن إدائها حبسه القاضى حتى يمتثل لأمره بالإدانة . ويرجع بما يؤديه إليها على زوجها لكونه دينا عليه يجب أداؤه .

التطليق على الغائب لإعساره :

يرى الأحناف أنه إذا طلبت زوجة الغائب أمام القضاء تطليقها من زوجها الغائب لإعساره ، وعجزه عن الإنفاق عليها فلا يجيبها القاضى إلى طلبها . وعلل الأحناف لذلك بما عللوا به عند بيان رأيهم فى عدم جواز التطليق عن الزوج لإعساره وقالوا إن إعسار الزوج وعجزه عن النفقة سواء كان غائباً ، أو حاضراً ليس مسوغا لتطليق زوجته عليه فى رأى السادة الأحناف .

رأى جمهور الفقهاء :

هذا ويرى جمهور الفقهاء المالكية ، والشافعية ، والحنابلة جواز التفريق بين المرأة وزوجها المعسر الغير قادر على الإنفاق عليها حاضراً كان أو غائباً . وهذا التفريق نسخ للعقد عند الشافعى ، وأحمد ، وهو طلاق عند الإمام مالك .

= عنده أنه لا يباع على الحاضر ماله ، وكذا على الغائب . لأن البيع على الحاضر إنما يكون بطريق الحجر والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح ، فكذا على الغائب بل بالطريق الأولى . وأما عند الصاحبين .

ما عليه العمل الآن فى نفقة زوجة الغائب :

عدلت المحاكم الشرعية عن الأخذ برأى الأحناف فى مسألة نفقة زوجة الغائب وذلك حسب نص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فقد أجازت هذه المادة الحكم لزوجة الغائب بنفقة فى مال زوجها الغائب إذا كان له مال ظاهر متى اثبتت دعواها سواء كان المال من جنس النفقة أو من غير جنسها .

وقضى القانون بتطليق المرأة على زوجها المعسر إذا لم يكن له مال ظاهر تستطيع الإنفاق منه على نفسها وطلبت التطليق منه لذلك .

والمال الظاهر فى نظر القانون هو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة بمقتضى لائحة التنفيذ . والمراد بالطرق المعتادة ما نص عليه فى لائحة التنفيذ من أنه يبدأ بالتنفيذ على النقود إن كانت موجودة ، ثم على المنقولات ، ثم على العقار عند عدم وجود منقولات للمحكوم عليه . أو عدم كفاية ثمنها فى سداد المبلغ المطلوب منه .

اعتبار نفقة الزوجة دينا على زوجها

إنفاق المرأة على نفسها من مالها :

إذا كانت الزوجة واجبة نفقتها على زوجها لكنه مع ذلك لم تقبض منه نفقتها وظلت تنفق على نفسها من مالها ، أو من غيرها بطريق الاستدانة لمدة معلومة . فهل تكون النفقة التى أنفقتها على نفسها فى تلك المدة دينا على زوجها فترجع بها عليه وتسترد منه ما أنفقته : أولا تكون ديناً فلا ترجع بشىء مما أنفقته على نفسها ؟ وتفصيل مذهب الأحناف فى هذه المسألة فيما يلى :

قال الأحناف : نفقة الزوجية لها ثلاث حالات هى :

١ — تارة لا تكون ديناً على الزوج .

٢ — تارة تكون ديناً على الزوج لكنها من قبيل الديون الضعيفة .

٣ — تارة تكون ديناً على الزوج ومن قبيل الديون القوية .

الحالة الأولى

قال الأحناف أن الحالة الأولى وهى حالة عدم اعتبار نفقة الزوجة ديناً على زوجها هى فى حالة ما إذا كانت النفقة غير مفروضة للزوجة بتراض بينها وبين زوجها ، أو بقضاء قاض . فنى هذه الحالة لا ترجع الزوجة بما انفقته على نفسها سواء كان ماأنفقته على نفسها من مالها أو من مال غيرها بطريق الاستدانة وكان الانفاق لمدة شهر فأكثر . وأما إذا كانت المدة التى أنفقت فيها الزوجة على نفسها من مال غير مال زوجها أقل من شهر فلها أن تطالب زوجها بنفقتها فى تلك المدة . وعللوا لذلك بقولهم : إنه لا بد من مضى مدة لكى تتمكن الزوجة من مقاضاة زوجها فى نفقتها ، أو فى التراض معه على تقديرها . والمدة التى تقل عن شهر هى الفترة الممكن فيها التقاضى أو التراضى .

الحالة الثانية

تكون نفقة الزوجة ديناً فى ذمة زوجها لكنه من قبيل الديون الضعيفة يسقط بأحد أمور خمسة : بالأداء ، وبالإبراء ، وبالنشوز ، وبالطلاق عند بعض فقهاء المذهب ، وبموت أحد الزوجين وذلك فى حالة ما إذا كانت نفقة الزوجة مفروضة على زوجها بالتراض أو بالتقاض ولم تكن الزوجة مأذونة من زوجها ، أو من القاضى بالاستدانة على زوجها بنفقتها المفروضة عليه . أو كانت مأذونة بالاستدانة ولم تستدن بالفعل . فلو أنفقت على نفسها من غير

مال زوجها بعد فرض النفقة لها ، فلها أن تطالب زوجها بما أنفقت مهما طالت مدة الإنفاق ، لكن هذه النفقة يرى فقهاء الحنفية أنها من قبيل الدين الضعيف فيسقط عن الزوج إذا نشزت الزوجة عن طاعة زوجها ، أو مات الزوج أو ماتت الزوجة ، كما يسقط بالطلاق فى رأى لبعض فقهاء المذهب وفى المذهب رأى يقول : أن متجمد المرأة لا يسقط بالطلاق . والرأى الراجح فى المذهب هو : أنه إذا كان الطلاق بسبب من جهة الزوجة كسوء خلقها فهو مسقط لما تجمد لها من النفقة وإلا فلا يكون الطلاق مسقطاً لما تجمد من نفقة .

الحالة الثالثة

تكون نفقة الزوجة دينا فى ذمة زوجها ومن قبيل الديون القوية لا يسقطه سوى الأداء أو الإبراء . وذلك فى حالة ما إذا كانت النفقة مفروضة للزوجة على زوجها بالتراضى بينهما أو بطريق القضاء وأذنت الزوجة بالاستدانة على زوجها ، واستدانت الزوجة بالفعل للانفاق على نفسها .

رأى جمهور الفقهاء

مذهب الأئمة : مالك ، والشافعى ، وأحمد : أن نفقة الزوجة متى وجبت على زوجها لا تسقط عنه إلا بالأداء أو الإبراء كما هو الشأن فى الديون عامة سواء فى ذلك أن تكون النفقة مفروضة بقضاء أو بتراض من الزوجين لأن النفقة تصير دينا قبل القضاء فهى فى نظير الاحتباس فتى تحقق الاحتباس من الزوجة الذى هو سبب النفقة للزوجة على زوجها يجب أن تترتب عليه النفقة فلا يسقط ما وجب لها ديناً فى ذمة زوجها إلا بأدائه أو إبرائه سواء كان ما وجب للزوجة قد وجب بطريق التراضى أو التقاضى وسواء كانت الزوجة

مأذونة بالاستدانة واستدانت بالفعل أو لم تمكن كذلك ؛ لأن المسبب يدور مع السبب وجوداً وعدما .

قضاء المحاكم فى دين نفقة الزوجات

القانون ترك مذهب الأحناف

صدر القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وبه تنظيم لنفقة الزوجة وقد نصت المادة الأولى منه على أن نفقة الزوجة دين صحيح فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع وجوبه عليه متى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دون أن يتوقف هذا الوجوب على قضاء أو تراض بينهما ولا يسقط هذا الدين عن الزوج إلا بالأداء أو الإبراء (١) .

واعتبرت المادة الثانية من هذا القانون المرأة المطلقة المستحقة للنفقة نفقتها دينا فى ذمة زوجها من وقت امتناعه عن الانفاق عليها مع وجوبه ولا يسقط هذا الدين إلا بالأداء أو الإبراء .

وبذلك اعتبرت نفقة الزوجة ومن هى فى حكمها ديناً على زوجها متى كانت الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها شرعاً دون اشتراط فى اعتبار كونها دينا فى ذمة الزوج القضاء أو الرضا . بل تعتبر ديناً من وقت امتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه . وأن دين النفقة من الديون الصحيحة وهى لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

وبذلك عدل القانون عن الأخذ بمذهب الأحناف فى دين نفقة الزوجية . وأخذ بمذهب المالكية والشافعية والحنابلة . فللزوجة وللمطلقة بمقتضى ماسبق

---

(١) راجع المادتين الأولى والثانية من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠

أن تطلب الحكم لها بنفقة على زوجها عن مدة سابقة على الترافع ولو كانت أكثر من شهر ويقضى لها بما تطلب إذا قدمت إثباتاً على ما طلبت. وأن دين النفقة لا يسقط بموت أحد الزوجين ، ولا بالطلاق ، وأن النشوز الطارىء لا يسقط متجمد النفقة ، وإنما يمنع النشوز من وجوب النفقة للزوجة ومن هى فى حكمها وقت نشوزها فقط .

تعديل النص القانونى السابق

ولما كان نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ [١] قد أباح للزوجات المطالبة بالنفقة عن المدة السابقة على التقاضى ولم يقيد هذا الحق بمدة معينة وثبت تطبيق القانون أن النص المذكور قد أعطى للكثيرات من الزوجات الفرصة للمطالبة بغير الحق فطالبن بنفقة لهن عن مدد طويلة بقصد إرهاق أزواجهن والكيد لهم وحتى يعجز الازواج عن أداء ما يفرض عليهم من نفقة ثم تكون النتيجة حبسهم المرة تلو المرة فصدر القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وبه المادة ٩٩ التى حددت مدة المطالبة بنفقة زوجية سابقة بثلاث سنوات فأقل وأمرت القضاة بعدم سماع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات ميلادية نهايتها تاريخ رفع الدعوى وتعتبر الدعوى مرفوعة أمام المحكمة من يوم قيدها فى الجدول العمومى عملا بنص المادة ٥٩ من القانون المذكور . كما حددت المادة (١٧) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

تعجيل النفقة

إذا دفع الزوج لزوجته النفقة عن مدة مستقبلة ، ثم حصل فى أثناء المدة ما يوجب سقوط النفقة كنشوز الزوجة ، أو موت أحد الزوجين فهل للورثة

(١) راجع المادتين الأولى والثانية من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠

حق استرداد النفقة المعجلة أم ليس لهم هذا الحق ؟ لأبى حنيفة وأبى يوسف رأى ولمحمد رأى آخر فى هذه المسألة وتفصيل الرأيين فيما يلى :

رأى أبى حنيفة وأبى يوسف

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لا يجوز للزوج ، ولا لورثته من بعده أن يستردوا ما عجله الزوج من نفقة لزوجته سواء كان ماعجل من نفقة قائماً أو مستهلكا ولو حصل ما يوجب سقوط نفقة الزوجة عن المدة التى عجل فيها الزوج النفقة للزوج بسبب من أسباب سقوط النفقة كنشوز أو موت .

وقد علل لهذا الرأى بالقول بأن النفقة وإن كانت واجبة جزاء الاحتباس إلا أن فيها شبهاً بالصلة والهبة . والزوجية من موانع الرجوع فى الهبة .

رأى محمد

ويرى محمد كما يرى الشافعى أن للزوج ولورثته أن يسترد نفقة المدة الباقية سواء كانت النفقة التى عجلت للزوجة قائمة أو مستهلكة . أما إذا هلكت فلا يسترد منها شيئا ؛ وقال إن النفقة جزاء الاحتباس وقد احتبست الزوجة جزءاً لحق الزوج فلها فيه النفقة وفات الاحتباس فى مدة أخرى فلا تستحق فى مقابلها شيئا من النفقة .

ما عليه عمل المحاكم

رأت محاكم الأحوال الشخصية أنها ملزمة بالعمل بالقول الراجح من مذهب الأحناف إلا ما نص عليه فى القانون وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ على اعتبار دين الزوجة والمطلقة على زوجها دينا صحيحا لا يسقط إلا بالأداء أوالإبراء . وإن هذا النص القانونى يعتبر استثناء من وجوب العمل .

فى مسائل الأحوال الشخصية بأرجح الأقوال من مذهب الأحناف ومفاد ذلك هو الرجوع إلى الراجح من مذهب الأحناف فيما عدا دين الزوجة والمطلقة فى مسائل النفقات وكذا ما نص على بيانه فى القانون . وعلى هذا اعتبرت النفقة المعجلة للزوجة صلة لا يجوز للزوج الرجوع فيها ما دامت دفعت بالرضا والاختيار .

الابراء عن النفقة :

الابراء عن النفقة إما أن يكون ابراءاً عن نفقة مدة ماضية أو عن نفقة مستقبلة .

ونفصل الحكم فى الحالتين فيما يلى .

الإبراء عن نفقة ماضية :

١ — المذهب الحنفى :

إذا تجدد للزوجة على زوجها نفقة عن مدة ماضية، وكانت النفقة مفروضة بقضاء القاضى ، أو بتراض بين الزوجين فأبرأت الزوجة زوجها عما تجمد لها من نفقة مفروضة بالطريق السابق صح الإبراء لأنها تكون قد أبرأت زوجها عن دين فى ذمته والإبراء عما هو ثابت فى الذمة صحيح .

أما إذا كانت النفقة غير مفروضة بقضاء ، ولا تراض فلا يصح الإبراء لأن النفقة لم تثبت دينا فى ذمة الزوج ، والإبراء لا يكون إلا عما هو ثابت فى ذمة .

٢ — مذهب جمهور الفقهاء — الإبراء صحيح :

ويرى جمهور الفقهاء أن النفقة جزاء الاحتباس فتى وجد سببها وجدت وصارت دينا فى ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق سواء كانت النفقة

مفروضة بالقضاء أو الرضاء أم غير مفروضة — وعلى هذا الرأى تسير المحاكم الآن .

الإبراء عن النفقة المستقبلة

والإبراء عن النفقة المستقبلة لا يصح ؛ لأن الإبراء إسقاط لدين وجب الوفاء به ، والنفقة المستقبلة لم تجب بعد فلم تصبح ديناً فى ذمة الزوج فلا تقبل الإبراء . واستثنى من ذلك نفقة العدة فى الخلع فإنه إبراء صحيح وجائز لأن الإبراء فى هذه الحالة فى مقابلة عوض وهو تخليص الزوجة من عقد الزواج . فيعتبر الإبراء استيفاء للنفقة قبل وجوبها وهو جائز . بخلاف غير الخلع فإن الإبراء يعتبر إسقاط محض . وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يصح .

استثناء آخر :

واستثنى كذلك من قاعدة عدم صحة الإبراء من النفقة المستقبلة حالة ما إذا أبرأت الزوجة زوجها عن مدة واحدة من المدد التى قررت فيها النفقة لها وهى المدة التى بدأت بالفعل ووجب فيها تنجيز النفقة حسبما تقرر قضاء أو رضاء . فمثلا لو أن زوجة فرض لها شهرياً عشرون جنيهاً نفقة لها وحل أول شهر فبحلول أول الشهر يصح أن تبرىء الزوجة زوجها من نفقة هذا الشهر لأن دفع النفقة لها من هذا الشهر وجب بحلول أول جزء منه — ولا يصح الإبراء من نفقة الأشهر التى بعده لأنها لم تجب بعد . وهكذا لو كانت النفقة يومية أو أسبوعية أو سنوية ، فإن الإبراء يصح عما يجب تنفيذه من ذلك وهو نفقة اليوم أو الأسبوع أو السنة التى بدأت فعلا ولا يصح فيما وراء ذلك ما لم تبدأ مدته لعدم وجوبه .

المقاصة بدين النفقة

إذا كانت الزوجة مدينة لزوجها كما إذا أقرضها ولم تسدد له ما اقترضته منه ، أو باع لها شيئاً ولم تدفع له ثمن المبيع. وكان الزوج مديناً لزوجته بمتجمد نفقتها عن مدة ماضية . وطلب أحدهما أو كلاهما المقاصة [1] فى الدينين فيرى الأحناف ما يأتى :

أولا :

إذا كان دين النفقة معتبراً ديناً قوياً بأن كانت النفقة مفروضة للزوجة بقضاء القاضى ، أو بتراض منهما عليها ، وكانت الزوجة مأذونة بالاستدانة على الزوج ، واستدانت بالفعل وطلبت المقاصة فى الدينين فإنها تجاب إلى طلبها لتساوى الدينين .

ثانياً :

إذا لم يكن دين النفقة ديناً قوياً بأن كان ديناً ضعيفاً وقد أبنا هذه الحالات فيما سبق فيكون دين الزوج قوياً ولا يساويه دين الزوجة فلو طلبت الزوجة فى هذه الحالة المقاصة فى الدينين لا تجاب إلى طلبها إلا إذا رضى بذلك الزوج. وإذا طلب الزوج المقاصة يجاب إلى طلبه لكونه قد رضى بذهاب دينه القوى فى دينها الضعيف ، وليس للزوجة حق الامتناع عن المقاصة .

رأى جمهور الفقهاء :

يرى جمهور الفقهاء أن المقاصة تقع بين دين الزوجة ، ودين الزوج سواء

---

(١) المقاصة أى اسقاط كل واحد منهما ما عليه من دين فى أن نظير ماله من دين على الآخر .

كانت نفقة الزوجة مفروضه بقضاء أو تراض أولا . وسواء كانت مأذونة بالاستدانة على الزوج أولا . وسواء استدانت بالفعل أولا لتساوى الدينين فى القوة ومن المقرر أن الدينين إذا كانا متساويين فى القوة تصح المقاصة فيهما.

عمل المحاكم الآن :

وبرأى الجمهور تعمل المحاكم الآن فدين النفقة للزوجة دين قوى عملا بنص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . دون توقف على أن تكون النفقة مفروضة بقضاء أو تراض [١] .

أحكام زواج غير المسلمين

الناس بالنظر إلى الدين الإسلامى قسمان :

١ — مسلم ٢ — غير مسلم

أما المسلم فهو من يدين بالإسلام . وغير المسلم : كل من لا يدن بالإسلام سواء كان من أهل الكتاب أو من غيرهم . وغير المسلمين بالنسبة لمحال إقامتهم ينقسمون إلى الأقسام الآتية :

١ — ذميون ٢ — مستأمنون ٣ — معاهدون ٤ — حربيون.
وبيان هؤلاء الأصناف فيما يلى :

الذميون :

الذميون : هم الذين يقيمون فى البلاد الإسلامية ، ويتمتعون برعاية الدولة الإسلامية لهم فهم كأحد رعاياها من المسلمين بالنسبة الحقوق والواجبات فهم

(١) راجع المادة الأولى والثانية في القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠

خاضعون للنظم الإسلامية دون أن يتدخل أحد فى عقائدهم وعباداتهم فهم أحرار فى هذا السبيل فقط .

المستأمنون :

والمستأمنون هم الذين يدخلون بلاد المسلمين بعقد أمان لأجل التجارة وغيرها ولمدة محددة فقط يعودون إلى بلادهم بمجرد انتهاء المدة المحددة لإقامتهم. فالذميون إقامتهم فى بلاد الإسلام غير محددة بل دائمة . والمستأمنون إقامتهم محددة . والمستأمنون غير خاضعين للرعوية الإسلامية .

المعاهدون :

والمعاهدون هم الذين يقيمون فى بلادهم وبين بلادهم وبلاد الإسلام عهد وإتفاق على السلم والموادعة .

الحربيون :

والحربيون قوم يقيمون فى بلادهم وبلادهم ليس بينها وبين المسلمين عهد واتفاق على السلم والموادعة وترك الحرب والقتال .

قاعدة عامة :

وكقاعدة عامة « يتعرض المسلمون فى العبادات ، والعقائد لمن يقيم فى بلادهم من غير المسلمين . والزواج فى نظر فقهاء الأحناف وإن كان فيه معنى العبادة ، والمعاملة فهو أقرب إلى العبادات . ولذا كان الاشتغال به فى نظر فقهاء الأحناف أفضل من التخلى عنه والاشتغال بنوافل العبادة . والأصل العام فى مسائل زواج غير المسلمين هو الآتى :

أولا : كل نكاح صحيح شرعا بين المسلمين هو صحيح بين غيرهم .

ثانيا - كل زواج محرم بين المسلمين لفقد شرط من شروط صحته كزواج بلا شهود . وثم مثله بين غير المسلمين ينظر فيه . فإن كان عندهم صحيحا كان زواجا صحيحا ويقر الزوجان عليه إذا أسلما ، وإذا لم يكن النكاح فى عقيدتهم غير جائز فلا يجوز ولا يقر الزوجان عليه إذا أسلما .

ثالثا - كل نكاح حرم لحرمة المحل كالزواج بالمحارم يقع جائزاً متى كان ذلك جائزاً عندهم ولا يقرون عليه بعد الإسلام . وفى المذهب رأى آخر يقول بأن النكاح فى هذه الحالة يقع فاسدا وإن كنا لا نتعرض لهم فيه .

ويجوز زواج غير المسلمين بعضهم ببعض فى نظر الإسلام سواء كان الزوجان متحدين فى الدين والمذهب أو مختلفين فيهما أو فى أحدهما فلا يجوز لنا أن نتعرض لزواج غير المسلمين بعضهم ببعض سواء كان زواجهم صحيحا فى نظر الإسلام أو غير صحيح ويستثنى من هذا الأصل ما يأتى : -

١ — إذا كان فى ترك غير المسلمين وما يدينون فى زواجهم سيترتب عليه اعتداء على حق المسلم كما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم ثم طلقها ، أو توفى عنها وقبل انقضاء عدتها من هذا الزوج تزوجها غير مسلم فإن القاضى متى علم بذلك فرق بينهما محافظة على حق المسلم ، لأنهما بزواجهما قبل انقضاء العدة التى هى حق للزوج على مطلقته يكونان قد اعتديا على حق المسلم فى مراجعته زوجته ما دامت فى العدة لو كان طلاقها منه رجعيا ، وفى المحافظة على نسب ولده منها (١).

٢ — أن يترافع الزوجان الكافران إلينا وهما على الكفر طالبين الاحتكام إلى الشريعة الإسلامية فى أصل زواجهما . ففى هذه الحالة يحكم القاضى بينهما بما تقضى به شريعة الإسلام . لكن لو ترافع أحدهما إلينا دون الآخر فلا يسمع

---

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٥٣٣

القاضى الدعوى . ولا يتعرض لهما ـ وعند الصاحبين يحكم القاضى بينهما فى هذه الحالة أيضا بحكم الإسلام ، ويستثنى من ذلك ما إذا ترافع إلينا أحد الزوجين الكافرين طالباً تحكيم الشريعة الإسلامية فى أصل زواجهما وكان الزوج قد طلقها ثلاثا وهى تطلب أن يفرق القاضى الشرعى بينهما بناء على ذلك ففى هذه الحالة يرى أبو حنيفة أن القاضى الشرعى يحكم بينهما بمقتضى الشرع الإسلامى ويفرق بينهما .

إسلام الزوجين أو أحدهما

إسلام الزوجين :

إذا أسلم الزوجان معا فينظر فى عقد زواجهما السابق على إسلامهما فإن كان مما يقره الإسلام بقيا على زواجهما لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون ولا يشترط فى ذلك أن يكون العقد متفقاً على صحته عند جميع فقهاء المسلمين بل يكفى فى اعتباره عقداً صحيحاً أن يكون عقداً صحيحا فى نظر بعض المذاهب الإسلامية .

أما إذا كان عقد زواجهما السابق على إسلامها مما لا يقره الإسلام بأن كانا محرمين بأن تزوج مجوسى أمه أو بنته وكذا لو تزوج مطلقته ثلاثا ، أو جمع بين خمس أو بين أختين فى عقدة ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما . وأما لو جمع بين خمس على التعاقب فرق بينه وبين الخامسة فقط .ولو تزوج واحدة ثم أربعاً فى عقدة جاز نكاح الواحدة لا غير . ولو أسلما بعد أن فارق إحدى الأختين أقرا عليه .

إسلام الزوج :

وإذا أسلم الزوج وحده وكانت زوجته كتابية بقى زواجهما على حاله

ما دامت زوجيتهما مما يقره الإسلام ، لأن الزواج بين المسلم والكتابية يصح ابتداء فبطريق الأولى أن يصح بقاء . وأما إذا كانت زوجته غير كتابية فني هذه الحالة يعرض عليها الإسلام . فإن أسلمت أو اعتنقت ديناً سماوياً بقي زواجهما. وإن أبت اعتناق الدين الإسلامى أو أى دين سماوى فرق القاضى بينهما إذ لا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير كتابية ابتداء ، ولا بقاء . والفرقة هنا فسخ للعقد ورفع له وليست طلاقا فلا يترتب عليها نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج فلو أسلمت الزوجة بعد التفريق بينها وبين زوجها الذى أسلم قبلها لم يكن لهذا التفريق أثر فى عدد الطلقات التى يملكها عليها . هذا إذا كان زواجها مما لا يقره الإسلام بأن كانا محرمين فإن القاضى يفرق بينهما لبطلان عقد زواجهما وقت إنشائه .

إسلام الزوجة :

إذا أسلمت الزوجة وحدها عرض الإسلام على زوجها فإن أسلم بقى زواجهما على حاله ما دام الإسلام يقره . وإن أبى أن يسلم فرق القاضى بينهما إذ لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج بمسلمة لا ابتداء ولا بقاء .

أسلمت الزوجة وزوجها كان صغيرا أو فى حكمه :

وإذا أسلمت زوجة الكافر وكان زوجها صغيرا غير مميز انتظر حتى يبلغ سن التمييز ثم يعرض عليه الإسلام إذا أصبح مميزا . أما إذا كان الزوج الكافر مجنونا فلا ينتظر إفاقته من جنونه إذ ليس للإفاقة من الجنون وقت معلوم بخلاف عدم التمييز إذا كان بسبب صغر السن فإنه فى هذه الحالة يعلم وقته . وفى حالة الزوج الكافر المجنون يعرض الإسلام على أبويه أو أحدهما . فإن أسلما أو أسلم أحدهما بقيت زوجته فى عصمته لأن الزوج فى هذه الحالة يعتبر مسلماً تبعاً لإسلام أبويه أو أحدهما وإن لم يسلم أحد أبويه أو لم يكن له

أب ولا أم أقام القاضي وصياً عليه وفرق بينهما في مواجهة وصيه (١) .

إسلام الزوجة وزوجها غائب :

وإذا أسلمت الزوجة وكان زوجها غائباً غيبة منقطعة لا يعرف مكانه وطلبت التفريق بينها وبين زوجها فجرت عادة المحاكم على التفريق بينهما لأن ولاية القاضي على الزوج في عرض الإسلام عليه غير موجودة نظراً لغيابه . كما جرت عادة المحاكم على التفريق بين الزوجة التي أسلمت وبين زوجها إذا امتنع عن الحضور أمام القاضي لعرض الإسلام عليه بشرط أن يتكرر طلبه ويتكرر امتناعه واعتبر تكرار امتناعه عن الحضور إلى المحكمة دون عذر مشروع بمثابة إباء عن اعتناق الإسلام .

الزوجة المهاجرة :

ومن هاجرت إلينا مسلمة أو ذمية فيحل تزوجها ؛ لأنها بتركها دار الحرب إلى دار الإسلام على عزم عدم العودة وذلك بأن تخرج مسلمة أو ذمية أو صارت كذلك وقعت الفرقة بينها وبين زوجها حالا لأنه لا ولاية لنا على زوجها الموجود في دار الحرب حتى نعرض عليه الإسلام ولا عدة عليها عند أبي حنيفة سواء كانت حاملا أو حائلا ولها أن تتزوج في الحال إلا الحامل فتتربص وتنتظر حتى تضع حملها وانتظارها في هذه الحالة لا على وجه العدة بل ليرتفع المانع بالوضع . . . وعند أبي يوسف ومحمد عليها العدة (٢) .

(١) جاء في الدر : « (وإباء المميز وأحد أبوي المجنون طلاق) في الأصح وهو من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق من صغير أو مجنون زيلعي . وفيه نظر ؛ إذ الطلاق من القاضي وهو عليهما لا منهما فليسا بأهل للإيقاع بل للوقوع . » . الدر المختار جـ ٢ ص ٥٣٦ .

(٢) ابن عابدين جـ ٢ ص ٥٣٨ - ٥٣٩ -

إنهاء عقد الزواج

انحلال رابطة الزوجية ، وانقطاع العلاقة التى بين الزوجين بسبب من الأسباب التى توجب ذلك قد يعتبرها الشارع فسخا، وقد يعتبرها طلاقا لا فسخا. والفرق بين النوعين نذكره فيما يلى :

١ — الفرقة بين الزوجين بمعنى انحلال رابطة الزوجية بينهما والتى يراها الشارع أنها فسخ للعقد ينتهى بها الحل الذى كان ثابتاً بالزواج وذلك بمجرد حدوثها من غير توقف على انقضاء العدة . ثم الفرقة التى هى فسخ بعضها ينقض عقد الزواج من أصله ويجعله كأن لم يكن كالفرقة بسبب خيار البلوغ ، أو الإفاقة من الجنون . وبعضها لا ينقض العقد ولكن يمنع بقاءه واستمراره كالفرقة بسبب ردة الزوجة عن الإسلام ، وكالفرقة بسبب امتناع الزوجة غير الكتابية عن اعتناق الإسلام ، أو أى دين سماوى آخر بعد أن أسلم زوجها.

أما الفرقة بين الزوجين التى هى طلاق فلا تنقض العقد أصلا ، وإنما توجب إنهاء الزواج وقد يترتب عليها زوال الحل الثابت بالعقد فى الحال إذا كان الطلاق بائناً بينونة صغرى أو كبرى . وقد لا يترتب عليها زوال الحل فى الحال بل يتوقف زواله على انتهاء العدة إذا كان الطلاق رجعياً .

٢ — الفرقة التى هى فسخ للعقد تكون بسبب أمر عارض يمنع بقاء العقد واستمراره ، أو بسبب أمر اقترن بإنشاء العقد جعل العقد غير لازم . كالفرقة الناشئة عن ردة الزوجة أو عن إبائها الاسلام إذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية وكالفرقة الناشئة عن اختيار الزوجة نفسها إذا بلغت أو أفاقت لنقصان مهرها عن مهر مثلها أو لعدم الكفاءة (خيار البلوغ أو الإفاقة من الجنون) .

أما الفرقة التى هى طلاق فإنها لا تكون بسبب شىء من ذلك فالطلاق حق

للرجل يملك استعماله متى شاء فلا يشترط لوقوعه أن تكون هناك أسباب قارنت العقد جعلته غير لازم . أو طرأت بعده فأوجبت عدم استمراره .

٣ — الفرقة التى هى فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق الذى يملكه الزوج فلو وقعت فرقة الفسخ بين الرجل والمرأة ثم عاد إلى الزواج من جديد ملك الرجل على زوجته ثلاث طلقات . أما الفرقة التى هى طلاق فينقص بها عدد الطلاق سواء كان الطلاق رجعياً أم بائناً فلو عادت إليه الزوجة بعد ذلك لا يملك إلا طلقتين .

٤ — فسخ العقد لا يقع فى عدته طلاق إلا إذا كانت الفرقة بسبب ردة الزوجة أو إبائها عن الإسلام فان الطلاق يقع فى العدة مع أنها فسخ بالاتفاق . وفى العدة من الطلاق لا مانع من وقوع طلاق آخر .

بالنسبة للأثر المالى فتختلف الفرقة التى هى فسخ عن الفرقة التى هى طلاق فقد قال فقهاء الأحناف إن فسخ العقد إذا كان قبل الدخول والخلوة الصحيحة وكان الفسخ بسبب أمر يتصل بإنشاء العقد كالفسخ بخيار البلوغ أو لعدم الكفاءة مثلا فإن الزوج لا يلزمه شىء من المهر سواء كانت الفرقة من قبل الزوج أو الزوجة . لأن العقد فى هذه الحالة اعتبر كأن لم يكن فلا آثار له . والمهر أثر من آثار العقد فيسقط بانتقاضه وسقوطه إذا لم يوجد مايؤكده .

أما إذا كان فسخ العقد بسبب أمر لا يتصل بإنشاء العقد بل كان بسبب أمر عارض يمنع من إستمراره كالفسخ لإباء الزوجة عن الاسلام بعد عرضه عليها وبعد إسلام زوجها أو لردة الزوجة ، أو الزوج . فإن كانت الفرقة من قبل الزوجة فلا يترتب عليها شىء من المهر ، لأن الفرقة جاءت من جهتها بسبب غير مشروع فلا تستحق بها شيئا من المهر . وإن كانت من قبل الزوج وجب للزوجة نصف

المهر ، لأن الفرقة جاءت من جهته وبأمر لم يبحه الشارع فلا يسقط بها حق الزوجة فى المهر .

الطلاق

معنى الطلاق :

المعنى اللغوى : الطلاق فى اللغة هو حل القيد مطلقا ، سواء كان حسيا أم معنويا فكما يقال فى اللغة : طلقت المرأة ، أى حللت قيد الزواج المعنوى ، وهو الارتباط الحاصل بين الزوجين ، يقال : طلقت الأسير من قيده ، أى حللت قيده الحسى وخليت عنه ، وكما يقال : اطلقت الأسير من قيده يقال : أطلقت المرأة . غير أن العرف قصر استعمال لفظ الطلاق على حل القيد المعنوى وخص حل القيد الحسى بلفظ الإطلاق ، فيقال : طلق الرجل زوجته ، ولا يقال أطلقها ، ويقال أطلق فلان الأسير أى حل قيده وخلى عنه . ولا يقال : طلقه ، ولهذا كان الطلاق من الألفاظ الصريحة التى يقع بها الطلاق من غير حاجة إلى النية بخلاف الإطلاق فإنه من الكنايات التى لا يقع بها الطلاق إلا بالنية .

الطلاق فى عرف الفقهاء

والطلاق فى عرف الفقهاء هو : حل رابطة الزوجية فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص . فحل رابطة الزوجية فى الحال يكون بالطلاق البائن ، وحلها فى المآل يكون بالطلاق الرجعى .

الفاظ الطلاق

الألفاظ التى بها تنحل رابطة الزوجية صراحة هى لفظ الطلاق ، أو التطليق وما أخذ منهما . وقد تنحل رابطة الزوجية بكنايات الطلاق التى منها لفظ اطلاق . وبائن ، وحرام ، وبتة ، وبتلة ونحو ذلك من كل لفظ يحتمل الطلاق وغيره ، ويترجح فيه معنى الطلاق بالنية أو بدلالة الحال .

ما يقوم مقام اللفظ :

ويقوم مقام اللفظ فى الطلاق . الكتابة ، والإشارة المفهمة ، ويلحق بلفظ الطلاق لفظ الخلع وقول القاضى : « فرقت » فى الحالات التى يفرق فيها القاضى بين الزوجين كما فى اللعان ؛ وإباء الزوج عن الإسلام إذا أسلمت زوجته فإن كل هذا معدود من الطلاق .

حكمة تشريع الطلاق

إن الزواج لم يشرع إلا لمقاصد سامية وأغراض نبيلة أهمها تكوين الأسر والجماعات على وجه يكفل سعادتها ، ويحقق هناءتها . وعقد الزواج هو عقد مشروع على سبيل الدوام والبقاء . ولهذا لا يصح إذا كانت الصيغة التى أنشىء بها العقد تدل على توقيته ، لأن ذلك ينافى أصل عقد الزواج ، والشىء لا يوجد بما ينافيه . وقد أمر الله تعالى الزوجين بالمعاشرة بالمعروف قال تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة » وقال تعالى : « وعاشروهن بالمعروف » كل ذلك أمر به سبحانه وتعالى لتكون الحياة الزوجية صالحة للبقاء والدوام حتى تثمر ثمرتها من النسل ، وتكوين الأسر ، والجماعات . . وقد تصاب الحياة الزوجية بما لا يستطاع معه العشرة ، وتصبح جحيما بعد أن كانت خيراً ونعمة ، ومصدراً لشقاء لا يحتمل وذلك لأسباب كثيرة ومنها :

١ — وجود عيوب جسمية أو خلقية بالزوجين أو بأحدهما .

٢ — وقد تختلف طباع الزوجين وتتباين أخلاقهما ، وميولهما .

٣ — وقد يلحق الأذى من الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ويكيد لها ويضاررها .

٤ — وقد تتضرر الزوجة من بعد زوجها عنها لغيابه أو حبسه .

٥ — وقد يظهر أن الزواج لم يحقق ما يرجو الزوجان من نسل .

وبذلك يفوت أهم مقاصد الزواج . . . فإذا وجد سبب من الأسباب التى لا تتوفر معها حياة زوجية صالحة ولا يتحقق فيها التعاون على شئون الحياة والقيام بحقوق الزوجية كما أمر الله ، كان لابد من إيجاد مخرج للخلاص من شركة خاسرة لا يتحقق المقصود منها . إذ لو ألزم الزوجان بالبقاء فيها على ما بينهما من بغض وكراهة لأكلت الضغينة قلوبهما ، وكاد كل منهما للآخــــر وسعى للخلاص منه بما يتهيأ له من الوسائل ، وقد يهمل أحدهما صاحبه ، ويلتمس المتعة عند غيره ، وبذلك تصبح الحياة الزوجية منفذاً إلى كثير من الشرور والآثام ، والمخاوفات البغيضة بعد أن كانت سببا لإعفاف الزوجين . لذلك شرع الله الطلاق ليتخلص به الزوجان من المفاسد ، والشرور التى قد تترتب على بقاء حياة كريهة بغيضة وليستبدل كل منهما بزوجه زوجا آخر قد يأتلف معه ، ويتبادل معه المودة والرحمة : « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وكان الله واسعاً حكيما »[1] فإذا وجد سبب من الأسباب الباعثة على الانفصال بين الزوجين ، فإن كان الزوج هو الذى يريد التخلص من الزوجية فله أن يطلق زوجته متى كان أهلا لإيقاع الطلاق بدون توقف على رضا الزوجة ولا حاجة إلى قضاء القاضى .

وأما إذا كانت الزوجة هى التى تريد التخلص من الزوجية التى لا خير فى بقائها فليس لها ذلك إلا بواسطة القضاء إذا لم تكن العصمة فى يدها فترفع أمرها طالبة تطليقها من زوجها . . . وللزوجة كما سيأتى فيما بعد أن تطلب التطليق من زوجها لتضررها بغيابه ، أو بإعساره ، أو لعدم استطاعتها الحياة معها لايذائه لها إيذاء بالغاً ...

---

(١) الآية رقم ١٣٠ من سورة النساء .

والدين الاسلامى مع إباحته الطلاق قد ضيق دائرته وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لا يمكن فيها للزوجين أو لأحدهما إقامة حدود الله ولو أن الناس لزموا حدود الله ، واتبعوا شريعته لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها الهناء . ولكن ضعف الأخلاق ، وتواخى عرى المروءات أوجد فى العائلة الإسلامية وهنا وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش ويمين يحلفها الأحمق فى ساعة غضبه ،أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم (١)

جعل الطلاق بيد الزوج لا الزوجة

يتساءل البعض عن الحكمة فى جعل الطلاق بيد الرجل لا بيد الزوجة . ولم لا يكون الطلاق بيدالقاضى بمعنى أنه يحتاج لايقاع الطلاق إلى قضاءالقاضى بوقوعه . . . وللجواب عن هذا التساءل نقول إن الطلاق فصم لعرىالزوجية وهذا أمر خطير تترتب عليه آثار بعيدة المدى فى حياة الأسر ، والمجتمع . فينبغى ألا يوضع إلا فى يد من يقدر العواقب حق قدرها ، ويزن الأمور بميزان العقل المحض غير متأثر برغبة عارضة أو غضبة ثائرة ، ولا شك أن الرجل أكثر إدراكا ، وتقدير لعواقب هذا الأمر ، وأبعد عن النزوات فى هذهالأحوال من المرأة ، فالمرأة أسرع انقياداً لعاطفيتها من الرجل . ولأنها كذلك كانت أصلح من الرجل فى جميع المواطن التى تعتمد على قوة العاطفة كتربية الأطفال ، وتمريضهم وما أشبه ذلك .

فإذا غضبت المرأة ، أو رغبت اندفعت مع العاطفة لا تبالى بما ينجم عن هذا الاندفاع : ولا تقدير وهى فى ثورة غضبها ، أو اشتداد رغبتها — لعاقبة

(١) من المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن الطلاق .

ماتفعل ، فلو جعلنا أمر الطلاق بيدها لحكمت عاطفتها ، وفصمت عرى الزوجية لأتفه الأسباب ، وأقل المنازعات التى لا تخلو منها حياة الزوجين . ولا يعترض على قولنا هذا بأن هناك من الرجال من هو أشد تأثرا ، وأسرع انفعالا من بعض النساء ، وأن هناك من النساء من هن ذوات عقل ، وأناة ، وضبط لأعصابهن أكثر من بعض الرجال فهذا الاعتراض مردود ، لأننا مع التسليم بوجود مثل هذه الحالات فى صفوف الرجال والنساء لكن هذه حالات قليلة ونادرة وليس هذا هو الكثير الغالب . والتشريع إنما يبنى على الغالب وما هو الشأن فى الرجال والنساء ، ولا يبنى على الآحاد والجزئيات . ونضيف إلى ماتقدم ظاهرة أخرى هى أن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية يلزم بها الزوج فبه يحل المؤجل من الصداق ، وتجب نفقة العدة ، ويضيع على الزوج مادفعه من المهر . وما بذله من المال فى سبيل إتمام الزواج ، ويحتاج إلى بذل مال جديد لإنشاء زوجية جديدة . ولا شك أن هذه التكاليف التى تترتب على الطلاق من شأنها أن تجعل الزوج يتروى فى إيقاعه ويحرص على بقاء الحياة الزوجية ، ولا يقدم على فصمها إلا عند الضرورة القصوى بخلاف الزوجة فإنها غير مطالبة بأى حق مالى فليس لديها مايحملها على التروى فى الطلاق إذا كانت تملك الطلاق .

والإسلام وإن لم يجعل الطلاق بيد المرأة فإنه لم يهمل جانبها فى مسألة الطلاق . فقد أثبت لها الحق فى الطلاق بواسطة القضاء . فلها أن ترفع دعوى أمام القضاء طالبة تطليقها من زوجها إذا وجد سبب يسوغ تطليقها على زوجها كإعساره بنفقتها ، وغيابه عنها مدة سنة أو أكثر ، وكإيذائه لها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها . فإذا أثبت دعواها حكم لها القاضى بتطليقها من زوجها .

ولم يشترط فى الطلاق أن يكون برضا الزوجين واتفاقهما كما فى عقد الزواج

الذى من أحكامه وآثاره المترتبة عليه الطلاق إذ لو اشترط ذلك فى وقوع الطلاق قلما يمكن إنهاء الزوجية التى لا خير فى بقائها . لأن الضرورة ، أو الحاجة التى تدعو أحد الزوجين إلى التخلص من الزوجية قد تحمل الآخر على أن يتمسك ببقائها وألا يوافق على فصم عرى الزوجية بينهما ، كما إذا أرادت الزوجة أن تطلق زوجها لاضراره الشديد لها ، أو لتضررها من المقام معه لأنه مشلول لا يرجى شفاؤه ، وكما إذا كان الدافع للزوج على طلاق زوجته ريبة فى عفتها ، وشك فى سيرتها .

أما لماذا لم يجعل أمر الطلاق كله بيد القاضى فلا يملك الرجل أن يطلق زوجته فيما بينه وبينها فخطأ التفكير فى جعل أمر الطلاق كله بيد القاضى واضح كل الوضوح . فالقاضى وإن كانت نظرته الزوجين لا تحيز فيها لكن الطلاق سببه والدافع إليه قد يكون من الأمور التى لا يحسن إدراكها القاضى مهما كان بعيد النظر جيد التفكير فعدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء قد يكون سببه نفوراً طبيعياً ، وعدم تلاؤم فى الأخلاق والطباع . وهذه أمور نفسية يعسر إثباتها فإذا تقدم الزوج طالبا الطلاق لأنه أصبح يبغض زوجته وأن حبل المودة قد تقطع بينهما ، وأنه حاول الإصلاح فلم يفلح فكيف يثبت بغضه لزوجته أمام القاضى . وهل يطلق القاضى الزوجة حينئذ أم لا ؟ فان طلقها فما هو الفرق بين فعله هذا وبين طلاق الزوج نفسه ، وإن لم يطلق القاضى فهل تكون حياة الزوجين فى هذه الحالة منتجة للأثر المطلوب من الزواج ؟ وإذا كان فساد العلاقة بين الزوج وزوجته أمراً آخر غير الحب والبغض كسوء سلوك الزوجة أو وجود عيب خفى فيها فهل يليق خلقيا ، وهل من الصالح اجتماعيا نشر هذه العيوب أمام القضاء ؟

على أن جعل الطلاق بيد القاضى بمثابة الحكم على جميع الرجال بالسفه

وعـــدم إحسان التصرف على أن القاضى قد يعجز فى بعض الحالات عن أن يوجد حياة سعيدة فى بيته فكيف يستطيع أن يوجدها وأن يحققها فى محيط غيره . فسلب الأزواج حق الطلاق بأنفسهم فى جميع الحالات مخالف للمقرر فى الشريعة وهو أمر لا يجوز .

إننا يجب أن نراعى فى الشئون العامة ألا نخضعها للأهواء ، والنزعات الفردية ، وألا تحكم فيها الرغبات اللائحة ، والميول المتنقلة غير المستقلة ، ونظام البيوت والأسر لا ينبغى أن يكون فى كل وقت تبعاً لتلك الرغبات والأهواء ولو كانت على خلاف شرائع السماء .

عدد الطلقات

جعل الشارع عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ثلاثة وأمره أن يوقعها — إذا دعت الحاجة إلى ذلك — على دفعات لا دفعة واحـــدة . قال تعالى : « الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ثم قال بعد ذلك : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » ، فإذا أوقع الزوج الطلاق على زوجته مرة أولى ، ومرة ثانية ، وقدم على ما فعل ، أمكنه أن يتدارك الأمر بمراجعته لها مادامت فى العدة بدون مهر ولا عقد جديدين ومن غير توقف على رضاها ، إذا كانت مطلقة طلاقا رجعيا ولم تنته عدتها منه بعد ، فإذا انقضت عدتها ، أو كانت مطلقة طلاقا بائنا وكانت لا تزال فى العدة ، وانقضت عدتها فللزوج أن يعيدها إلى عصمته برضاها وبمهر وعقد جديدين . وأما إذا طلقها طلاقا مكملا للثلاث سواء كان مسبوقا بطلقتين رجعيتين ، أو بائنتين فإنها تحرم عليه تحريما مؤقتا . فلا يجوز له أن يتزوجها مرة أخرى إلا بعد أن تتزوج برجل آخر ويدخل بها دخولا حقيقياً ويطلقها لسبب من الأسباب أو يموت عنها ، وتنقضى عدتها منه. فإذا تحقق ذلك جاز للمطلق الأول (زوجها الأول) أن يتزوجها .

الحكمة فى تحديد عدد الطلقات بالثلاث

بتحديد الشارع عدد الطلقات التى يملكها الزوج بثلاث وضع حد للطلاق يقف عنده الزوج ولا يتعداه ، وإبطال ما كان متبعا عند العرب فى الجاهلية قبل مجىء الإسلام من أن الواحد منهم كان يطلق إمرأته ماشاء أن يطلقها ثم يراجعها فى العدة فتكون امرأته مهما كان عدد الطلقات التى أوقع عليها وكان ذلك فى الجاهلية أمراً مستساغا لدى الرجال غير مبالين بما يحدثه ذلك عند النساء من ألم ، وحسرة فهى كالمعلقة لم يبت فى أمرها فلا هى زوجة لها حقوق الزوجات. ولا هى خالية من الأزواج تملك أن تتزوج من تشاء . .

ولم يشأ الشارع الحكيم أن يجعل الطلاق مرة واحدة بها تنقطع الرابطة الزوجية بحيث لا يحل بعدها أن يراجع مطلقته فنى ذلك إضرار بالأسرة ما بعده إضرار لأن الزوج فى كثير من الحالات يندم على تسرعه فى إيقاعه الطلاق على زوجته فى حالة غضبه لأمر قد لا يستدعى طلاقها ، ويود أن يعود فيستدرك ما فاته وذلك بمراجعة زوجته فلكى يستطيع الزوج أن يتدارك مافاته جعل الشارع عدد الطلقات ثلاثا لا واحدة . .

صفة الطلاق

من جهة الحظر والإباحة

صفة الطلاق الشرعية : أى حكمه الثابت له من الحظر والإباحة هو الآتى :

١ — طلاق محظور منهى عنه لكنه يقع مع المؤاخذة . وهو أن يطلق الرجل امرأته من غير سبب يدعو إلى طلاقها ، من كراهة ونفور . أو سوء عشرة ، واعوجاج سيرة . فإن الطلاق بلا سبب يكون إيذاء للمرأة بغير حق وإيذاء المرأة بدون حق منهي عنه شرعا . ولهـــذا يقع الطلاق فى

هذه الحالة مع مؤاخذة الزوج فى إيقاعه — لأنه أمر محظور .

٢ — طلاق مباح لا مؤاخذة فيه . وهو أن يطلق الرجل امرأته لسبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ، ونفور ، أو سوء عشرة . واعوجاج سيرة وما شابه ذلك من الأسباب .

وهذا الطلاق المباح تختلف درجات حله على حسب تفاوت أسبابه قوة وضعفا . فيكون مباحا إباحة مجردة له فيها الخيار بين الفعل والترك . وذلك إذا كان السبب ضعيفا لا يرجع إلى سوء خلق الزوجة ، أو عشرتها أو تدينها بل يكون مرجعه النفور الطبيعى الذى لا دخل لها فيه .

وقد يكون الطلاق مستحباً شرعا: وذلك إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وطباعها ، وإيذائها زوجها قولا وفعلا أو مايشبه ذلك .

وقد يكون الطلاق واجبا وذلك إذا كان السبب يرجع إلى عيب فى الرجل لا ترضى به المرأة مما يفوت معه الانتفاع بثمرات الزواج ، أو كان يرجع إلى سوء سلوك الزوجة وما إلى ذلك من الأسباب القوية .

من جهة الوقت والعدد

وصفة الطلاق من جهة وقت إيقاعه ، وطريقة إيقاعه ، وعدد الطلقات التى يوقعها الزوج ينقسم الطلاق إلى طلاق مباح وإلى طلاق محظور أيضا ويعبر عنهما الفقهاء: « بالطلاق السنى » « والطلاق » البدعى وتفصيلهما فيما يلى .

طلاق السنة

قال الكمال ابن الهمام (١) : « إعلم أن الطلاق سنى وبدعى . والسنى من

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٢ ، ٢٣ والكمال بن الهمام من فقهاء الأحناف المشهورين بالاجتهاد .

حيث العدد ، ومن حيث الوقت والبدعى كذلك . والسنى حسن وأحسن .

الطلاق السنى الأحسن :

والطلاق السنى الأحسن هو أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ، ولا فى الحيض الذى قبله ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب . ثم يتركها حتى تنقضى عدتها . قال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعى : أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة فإنه أفضل عندهم ، من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة .

الطلاق الحسن

والطلاق الحسن وهو الطلاق المفضول من طلاق السنة هو : أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، سواء كانت الزوجة مسلمة ، أو غير مسلمة ؛ لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك .

طلاق غير المدخول بها للسنة :

قال الأحناف : الطلاق السنى بالنسبة للوقت يثبت فى المدخول بها خاصة . وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه ؛ لأن الداعى دليل الحاجة إلى الطلاق : وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر الخالى عن الجماع . أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة .

أما غير المدخول بها فيطلقها فى حالة الطهر ، والحيض ؛ لأن الرغبة فى غير المدخول بها صادقة وموجودة لا تقل بالحيض . أما المدخول بها فتتجدد الرغبة بالطهر . وقال زفر رحمه الله : غير المدخول بها كالمدخول بها فى طلاقها للسنة من حيث الوقت .

طلاق الصغيرة والآيسة :

والصغيرة التى لا تحيض ، واليائسة التى انقطع حيضها إذا أراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فإذا مضى عليها شهر طلقها أخرى . ثم إذا مضى شهر طلقها الثالثة ؛ لأن الشهر فى حق الصغيرة ، والكبيرة التى لا تحيض قائم مقام الحيض . قال الله تعالى : « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ... إلى أن قال سبحانه وتعالى : « واللائى لم يحضن » فقد أقام الله الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها . وأيضاً نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى : « فعدتهن ثلاثة أشهر » والعدة فى ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض . ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق تفريق الطلقات . فلا تطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل الحادى والثلاثين فما بعده ؛ لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوماً . فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعاً بين طلاقين فى شهر واحد . ويجوز أن يطلق الصغيرة ، والآيسة ، ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان ؛ لأنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدرى هل تنقضى بوضع الحمل على اعتبار أنها حملت ،أو تنقضى بالأشهر على اعتبار أن عدتها بالأشهر ـ وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لا تحيض ، وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ، ولأن الرغبة تفتر بالجماع وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر .

الطلاق البدعى

معناه :

الطلاق البدعى هو الذى خالف الطلاق الذى أشارت إليه السنة ، وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة . أو مفرقة فى طهر واحد أو اثنتين كذلك . أو واحدة فى الحيض ، أو فى طهر قد جامعها فيه أو فى الحيض الذى يليه.

أنواعه :

قال الأحناف : البدعى نوعان : نوع يرجع إلى الوقت ، ونوع يرجع إلى العدد . أما الذى يرجع إلى الوقت فنوعان أيضاً هما :

١ — أن يطلق زوجته طلقة واحدة رجعية فى حالة الحيض إذا كانت مدخولا بها ، سواء كانت حرة أم أمة (١) .

٢ — أن يطلق الرجل امرأته ذات الأقراء طلقة واحدة رجعية فى طهر جامعها فيه حرة كانت أو أمة . لاحتمال أنها حملت بذلك الجماع ، وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفها فلا يكون سنة . ولأنه

---

(١) علل صاحب فتح القدير لكون هذه الحالة من حالات الطلاق البدعى بقوله : لأن فى هذا النوع من الطلاق تطويل العدة على المرأة ؛ لأن الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها وذلك إضرار بها . لأن الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كمال الرغبة ، وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون منعها . ولهذا فالأفضل للرجل إذا طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها . فقد أمر رسول الله ابن عمر لما طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها » . فتح القدير ج ٣ ص ٢١ — وانظر بدائع الصنائع للكسائى ج ٣ ص ٩٤ .

إذا جامعها فقد قلت رغبته إليها ، فلا يكون الطلاق فى ذلك الطهر طلاقاً لحاجة على الإطلاق فلم يكن سنة .

٢ — الطلاق البدعى بسبب العدد :

قال الأحناف : من طلق امرأته الحرة ثلاثا ، أو الأمة اثنتين فى طهر واحد لا جماع فيه سواء أوقع هذا العدد جملة واحدة أم على التفريق واحداً ربعد واحد ما دام فى طهر واحد فهذا الطلاق بدعى أيضاً .

الأدلة

استدل الأحناف على بدعى الطلاق بالنسبة للوقت والعدد بالكتاب والسنة والمعقول وبيان ذلك هو الآتى :

الكتاب:

١ — أما الكتاب فمنه قوله تعالى : فطلقوهن لعدتهن ، أى فى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار .

وجه الاستدلال :

أمر الله سبحانه وتعالى من أراد الطلاق أن يكون طلاقه فى أطهار عدة المطلقات . وقد فسر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد أمر ابن عمر لما طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها وقال له : أخطأت السنة . وبذلك يكون النص أمراً بالتفريق. والأمر بالتفريق يكون نهياً عن الجمع ؛ ثم إن كان الأمر أمر إيجاب كان منهياً عن ضده وهو الجمع نهى تحريم . وإن كان الأمر أمر ندب كان نهياً عن ضده وهو الجمع نهى ندب . وفى كلا الحالين كان الطلاق منهياً عنه وإذاً فهو طلاق غير سنى (١) .

(١) بدائع الصنائع للكسانى ج ٣ ص ٩٤ .

٢ — كذلك استدل الأحناف بقوله تعالى : الطلاق مرتان ، أى دفعتان فإنه لا يقال لمن أعطى آخر درهمين إنه أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين .

وجه الاستدلال :

الآية وإن كان ظاهرها الإخبار ، إلا أن معنى الخبر هنا الأمر ؛ لأن الحمل على ظاهره يؤدى إلى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف ؛ لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد ، فالمراد من الأخبار فى الآية هو الأمر ، نظير الأخبار فى قوله تعالى : « والمطلقات يتربصن بأنفسهن » أى ليتربصن . وقوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن » أى ليرضعن أولادهن فصار كأنه سبحانه وتعالى قال : طلقوهن مرتين إذا أردتم الطلاق والأمر بالتفريق نهى عن الجمع ؛ لأنه ضده . فيدل على كون جمع الطلقات فى لفظ واحد حراماً أو مكروهاً كما سبق بيانه .

السنة :

واستدل الأحناف من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال :

نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المذكور عن الطلاق لا لعينه لأن الطلاق قد بقى معتبراً شرعاً فى حق الحكم فإن الطلاق مع النهى عنه إذا صدر ممن يملكه على محل يملكه وقع الطلاق مع النهى عنه ، ولم يبطل أثره فعلم أن النهى ههنا غير حقيقى ملازم للطلاق يصلح أن يكون منهياً عنه فكان النهى عنه لا عن الطلاق . فأشبه النهى الوارد فى الصلاة فى الأرض المغصوبة . وفى الطلاق وقت الحيض ، وفى البيع وقت النداء ، وغير ذلك .

وقد ذكر عن عمر رضى الله عنه أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثا إلا أوجعه ضربا ، وأجاز ذلك عليه وكان ذلك منه رضى الله عنه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون إجماعاً .

المعقول :

وقال الأحناف : إن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا ، والطلاق إبطال له . وإبطال المصلحة مفسدة والله لا يحب الفساد .

وهذا معنى الكراهة الشرعية فإن معناها : أن الله تعالى لا يحب الطلاق ، ولا يرضى به . لكن النكاح فى بعض الحالات قد يخرج عن كونه مصلحة لعدم توافق أخلاق الزوجين وتباين طباعهما ، أو لفساد يرجع إلى نكاح الزوجة ، بأن علم الزوج أن المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة ، أو أن المقام معها سبب فساد دينه ، ودنياه فتنقلب المصلحة فى الطلاق ، ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى .

إلا أن احتمال أن الزوج لم يتأمل حق التأمل ، ولم ينظر حق النظر فى العاقبة قائم فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر . وذلك فى أن يطلقها طلقة واحدة رجعية . حتى إذا كان التباين ، والفساد من جهة المرأة فيمكنها أن تتوب ، وتعود إلى الصلاح إذا ذاقت مرارة الفراق .

وإن كانت لا تتوب نظر فى حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها ، فإن علم أنه لا يمكنه الصبر عنها راجعها . وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها فى الطهر الثانى ثانياً ويجرب نفسه ، ثم يطلقها . فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهراً وغالباً ، لأنه لا يلحقه الندم غالباً . فأبيحت الطلقة الواحدة ، أو الثلاث فى ثلاثة أطهار على تقدير خروج نكاحها عن أن يكون مصلحة ، وصيرورة المصلحة فى الطلاق . فإذا طلقها ثلاثاً جملة واحدة فى حالة الغضب

وليست حالة الغضب حالة التأمل والنظر إلى العواقب بعين فاحصة - لم يعرف خروج النكاح من أن يكون مصلحة فكان الطلاق إبطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة .

يضاف إلى ما تقدم . أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب فى بعض الحالات فكان الطلاق قطعاً للسنة . وتفويتا للواجب فكان الأصل هو الحظر ، والكراهة إلا أنه رخص فى الطلاق للتأديب ، أو للتخليص . والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية؛ لأن التباين أو الفساد إذا كان من قبل الزوجة فإذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب ، وتتوب وتعود إلى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث فى ثلاثة أطهار والثابت بالرخصة يكون ثابتاً بطريق الضرورة . وحق الضرورة صار مقضياً بالطلاق مرة واحدة حسب البيان السابق . فلا ضرورة إلى الجمع بين الثلاث فى طهر واحد ، فبقى الطلاق الثلاث مرة واحدة على أصل الحظر والمنع الوارد فى الطلاق .

وقال الأحناف : إنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثا فى طهر واحد ، فربما يلحقه الندم قال تعالى : «لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً» أى ندامة على ما سبق من فعل ، أو يحدث الله لك رغبة فيها .

وفى هذه الحالة ، حالة الطلاق ثلاثا بلفظ واحد وحدوث ندم من الزوج، أو الزوجة لا يمكن للزوج أن يتدارك الأمر بالنكاح إذا ما أوقع الطلاق الثلاث دفعة واحدة فيقع السفاح . فكان فى الجمع احتمال الوقوع فى الحرام ، وليس فى الامتناع ذلك .

والتحرز عن مثل ذلك واجب شرعاً وعقلا . بخلاف الطلقة الواحدة ؛

لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة ، وبخلاف الثلاث طلقات فى ثلاثة أطهار ؛ لأن ذاك لا يعقب الندم ظاهراً ؛ لأنه يجرب نفسه فى الأطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم (١) .

الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة

قال الأحناف : الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة نوعان . نص ، ودلالة.

١ – أما النص فنحو أن يقول الزوج لزوجته التى دخل بها : أنت طالق للسنة . وأما الدلالة فمثاله أن يقول : إن طالق طلاق العدة ، أو طلاق الدين ، أو طلاق الإسلام .

من الذى يقع طلاقه

يشترط فيمن يوقع الطلاق أن يكون مالكا للطلاق بالأصالة أو الوكالة ، أو التفويض من المالك له – والذى يملك الطلاق هو الزوج فهو حق من حقوقه – ويشترط فيمن يوقع الطلاق بالأصالة أو الوكالة الشروط الآتية :

أولا : البلوغ :

يشترط فى الزوج أن يكون بالغاً فلو كان صبياً لم يصل إلى درجة البلوغ وصدر منه الطلاق لم يعتد بطلاقه شرعاً ولو كان مميزاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائزاً إلا طلاق الصبي ، والمجنون » ولأن الطلاق من التصرفات التى تحتاج إلى الإدراك الكامل ، والعقل الوافر وهذا لا يتحقق فى الصبي العاقل لقرب عهده باللهو واللعب ، وأيضاً : فإن الطلاق لا يخلو من ضرر يلحق بالمطلق ، فلا يملكه الصبي ولو كان مميزاً .

---

(١) راجع بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ٩٥ .

٢ — العقل:

ويشترط فى المطلق أن يكون عاقلا . فلا يقع طلاق المجنون. فالعقل مناط التكليف . ولا يقع طلاق المعتوه (١) .

ويلحق بالمجنون : النائم ، والمغمى عليه ، والمدهوش ، ومن اختل عقله لكبر أو مرض ، أو لمصيبة فاجأته أو غضب شديد فهؤلاء لا يعتد بطلاقهم. لقول رسول الله صلى عليه وسلم : « لا طلاق فى اغلاق » والمراد بالاغلاق هو انسداد طريق الوعى ونقل طريق الإدراك ، والقصد فكل حالة يكون المطلق فيها لا يدرى ما يقول ويفعل ولا قصد له فيما قاله أو فعله . أو يغلب عليه الخلل والاضطراب فى أقواله ، وأفعاله لغضب ، أو حزن شديد لا يقع طلاقه .

طلاق السكران :

إذا كان السكران فقد وعيه فأصبح يهذى فى كلامه، وكان بحيث لا يعى بعد إفاقته ما كان منه حال سكره فإن كان السكر حصل له بتناوله مختارا شرابا محرما عليه تناوله كالخمر وما ألحق بها ومن غير حاجة أو ضرورة إلى شربه فيرى جمهور الأحناف أن الطلاق يقع وبذلك قال المالكية ، والشافعية ـ ونقل عن أحمد القول بذلك وعللوا لذلك بقولهم : أن المطلق بتناوله المحرم مختارا دون ضرورة أو حاجة قد تسبب فى زوال عقله ، فيجعل كأنه موجود عقوبة وزجرا له عن ارتكاب المعصية .

---

(١) المعتوه : هو الشخص الذى يكون مختلف الكلام فاسد التدبير لكنه لا يضرب ، ولا يشتم كما يفعل المجنون .

رأى آخر :

ونقل عن زفر (هو من أئمة المذهب الحنفى) القول بعدم وقوع الطلاق وهذا أيضاً قول منسوب لأحمد فى رواية أخرى عنه . واختار هذا القول الطحاوى والكوخى وهما من فقهاء الأحناف والحجة التى قيلت فى تأييد هذا الرأى : أن حجة التصرف تعتمد على القصد ، والإرادةالصحيحة ، والسكران قد حجب عقله وغلب بالسكر فلا قصد عنده حالة سكره ، ولا إرادة صحيحة له . فلا يعتد بما يقوله حالة سكره .

السكر بغير محرم شرعا :

واتفق الفقهاء على أن السكر لو كان نتيجة تناول شيء غير محرم شرعا فإن طلاقه لا يقع فمن شرب الخمر للضرورة ، أو تحت تهديد وإكراه ثم تلفظ بلفظ الطلاق فإن طلاقه لا يقع ؛ لأن السكران لإدراك عنده ، ولا وعى فهو كالنائم يتنبه بالتنبيه دون حاجة إلى وقت طويل . أما السكران فلايتنبه إلا بعد الإفاقة من السكر . والنائم لا يعتد بطلاقه فكذلك ما كان أشد حالا منه وهو السكران بالطريق الأولى .

ما عليه عمل المحاكم الآن :

تسير المحاكم الآن على القول القائل بعدم وقوع طلاق السكران وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ .

طلاق المكره :

يرى جمهور الفقهاء أن من شروط وقوع الطلاق أن يكون المطلق مختارا لا مكرها على إيقاع الطلاق وقالوا بعدم وقوع طلاق المكره بشرط أن يكون

الإكراه بالتهديد بقتل، أو بإتلاف عضو ، أو مال ما لا تحتمله نفسه،وبشرط أن يكون المكره غير قادر على دفع هذا الأذى عن نفسه بأية وسيلة من الوسائل المشروعة . وأن يكون المكره قادراً على تنفيذ ما هدد به المكره (بفتح الراء).
وقال جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية ، والحنابلة) تعليلا لرأيهم: أن المكره على الطلاق وإن أتى بلفظ الطلاق المقتضى للطلاق إلا أنه غير قاصد له،وإنما قصده دفع الأذى عن نفسه . فالإكراه قد أفسد اختياره أو أضعفه على الأقل فلا يكون اختياره كاملا فينتفى الحكم لانتفاء القصد والاختيار .

واستدل الجمهور لرأيهم بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « رفع عن أمتى الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه » ووجه الدلالة فى الحديث : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أبان أن الإكراه على شىء يجعل الحكم الشرعى مرفوعا عن هذا الفعل بمعنى أنه لا يعتد بما يصدر عن المكره من قول أو فعل . يؤيد هذا الفهم ويشهد له ما روى أن رجلا على عهد عمر ابن الخطاب رضى الله عنه تدلى بحبل ليشتار عسلا (أى ليستخرج عسلا ويأخذه) فأتت امرأته فجلست على الحبل وقالت : لتطلقنى أو لأقطعن الحبل فذكرها بالله والإسلام فأبت ، فطلقها ثلاثا ، فأتى عمر فذكر له ذلك ، فقال : إرجع إلى امرأتك فإن هذا ليس بطلاق(١).

رأى الأحناف :

ويرى الأحناف وقوع طلاق المكره لوجود القصد منه والاختيار دون الرضا فالمكره على إيقاع الطلاق بما يخاف منه على نفسه ، أو أطرافه ، أو على ماله الكثير قد قصد لفظ الطلاق ونطق به واختاره بدلا من وقوع ما هدد به

(١) نيل الأوطار جـ٦ ص ٢٠٠ ، وزاد المعاد جـ٤ ص ٣٩

على نفسه أو ماله ، لكنه غير راض بالأثر الذى يترتب عليه نطقه وتلفظه بلفظ « الطلاق » فيقع طلاقه اعتبارا بالهازل فإن طلاقه يقع بنص الحديث : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، النكاح ، والطلاق والعتاق » مع أن الهازل لم يقصد الطلاق ، وإنما قصد اللهو ، واللعب وكذلك المكره قصد النطق بلفظ الطلاق وإن لم يرد وقوعه فيقع طلاقه كما يقع طلاق الهازل .

ما عليه عمل المحاكم الآن :

وقد أخذ المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى جمهور الفقهاء فنصت المادة الأولى من هذا القانون على عدم وقوع طلاق المكره وسارت على ذلك المحاكم المصرية حتى الآن بعد أن كانت قبل صدور ذلك القانون تجرى على اعتبار طلاق المكره وتحكم بوقوعه أخذا بالراجح من مذهب الحنفية .

طلاق السفيه :

السفيه هو من لا يحسن التصرف فى ماله بل يتصرف فيه على خلاف مقتضى العقل السليم . وقال فقهاء الأحناف أن السفه لا تأثير له فى وقوع طلاق صاحبه: فلو طلق السفيه زوجته وقع طلاقه دون توقف على إذن القيم على السفيه ورضاه

وقال الأحناف : إن السفه يملك الزواج فيملك ما يترتب عليه ومن ذلك إنهاؤه . وأن الحجر على السفيه واقع على تصرفات السفيه المالية وليس منها الزواج وما يترتب عليه فلا يكون موضع الحجر فيقع طلاقه .

وبمثل قول الأحناف قال جمهور الفقهاء ماعدا الشيعة الإمامية فقد نقل عنهم القول بعدم وقوع طلاق السفيه إلا بإذن القيم ورضاه، لأنه تصرف يترتب

عليه التزام مالى للسفيه وهو ممنوع من التصرف المالى وأن كل تصرف مالى لا ينفذ إلا بإذن قيمه ورضاه .

طلاق الهازل :

يقع الطلاق الصادر من الهازل لقصده إلى التلفظ بالطلاق الذى جعله الشارع سببا فى فصم عرى الزوجية وقصد الشارع إلى جعل هذا اللفظ مؤثرا فى إنهاء عقد الزواج مقدم على قصد الهازل . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد « النكاح ، والطلاق ، والعتاق » . وقال على كرم الله وجهه : « ثلاثة لا لعب فيهن : الطلاق والعتاق والنكاح .

طلاق المخطىء :

إذا أراد شخص أن يتكلم بلفظ فجرى لسانه إلى التكلم بلفظ الطلاق من غير قصد له . كما إذا أراد الزوج أن يقول كلاما فسبق لسانه إلى غيره . كما إذا أراد الزوج أن يقول لامرأته: أنت مريضة فجرى على لسانه بدون قصد: أنت مطلقة فلا يقع طلاقه ديانة ويقع قضاء ؛ لأن مبنى القضاء على الظاهر والله يتولى السرائر .

طلاق الساهى والناسى :

يقع طلاق الساهى وهو من غاب عن ذهنه وذاكرته الشيء وإذا ذكر به يتذكر ، كذلك يقع طلاق الناسى ؛ وهو من غاب الشيء عن ذهنه وذاكرته وإذا ذكر به لا يتذكر . فمن قال لزوجته : إن دخلت دار فلان فامرأتى طالق ناويا وقوع الطلاق إن دخل الدار . فدخلها ناسيا تعليقه الطلاق على دخول الدار ، أو ساهيا عن ذلك يقع طلاقه المعلق قضاء ، وديانة .

من الذى يقع عليها الطلاق :

يشترط لوقوع الطلاق علىِ الزوجة أن تكون محلا للطلاق . وذلك بأن تكون زوجة حقيقة ، أو حكما لمن يريد إيقاع الطلاق عليها . والزوجة حقيقة هى التى لم يطرأ على زواجها الصحيح ما يرفع قيده فى الحال ولا فى المآل . فإذا طلق الرجل زوجته حال قيام الزوجية بينهما حقيقة وقع طلاقه. والزوجة حكما هى التى لا تزال فى العدة من طلاق رجعى أو من طلاق بائن بينونة صغرى . فإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً رجعياً ، أو طلاقاً بائناً ، ثم طلقها ثانيا وهى فى عدة من الطلاق الأول وقع الطلاق الثانى ، وإذا طلقها ثالثاً وهى لا تزال فى العدة وقع الطلاق الثالث عليها ؛ لأن المعتدة من الطلاق غير المكمل للثلاث تعتبر زوجة حكما فتكون محلا قابلا لوقوع الطلاق .

المطلقة رجعياً زوجة حكما :

قال فقهاء الحنفية لبيان أن المطلقة رجعياً التى لا تزال فى العدة هى فى حكم الزوجة ما يأتى :

المطلقة رجعياً التى لا تزال فى العدة لزوجها أن يجامعها وجماعه لها رجعة لها، وعلى المطلقة رجعياً ألا تخرج من منزل زوجها الذى تعتد فيه ، ولها النفقة على مطلقها . ويقع بينها وبين زوجها التوارث إذا ما مات أحدهما .

المطلقة بائناً بينونة صغرى زوجة حكما :

وقال الأحناف أيضاً فى بيان كون المطلقة طلاقاً بائناً بينونة صغرى أنها زوجة حكما ما دامت في العدة فلبقاء أثار الزوجية من وجوب النفقة لها على

مطالقها ، واستقرارها فى مسكن الزوجية ، وعدم جواز خروجها منه حتى تنقضى عدتها إلا لعذر شرعى ، وعدم حلها لزوج آخر .

المعتدة من طلاق مكمل للثلاث :

المعتدة من طلاق مكمل للثلاث لا تكون محلا لوقوع الطلاق ؛ لأن الزوج استنفد كل ما يملكه من عدد الطلقات ، ولانقطاع الزوجية بينهما وبين زوجها بالكلية فقد صارت محرمة عليه تحريماً مؤقتاً حتى تتزوج زوجاً غيره ويدخل بها الزوج الثانى دخولا حقيقياً ويطلقها وتنقضى عدتها .

المعتدة لفسخ زواجها بسبب الردة :

الفرقة بين الزوجين بسبب ارتداد الزوجة . وكذا بسبب إبائها الدخول فى الإسلام بعد إسلام زوجها إن كانت غير كتابية تعتبر فسخاً لعقد الزواج باتفاق فقهاء الحنفية ، والفرقة بسبب ردة الزوج عن الإسلام فسخ لعقد الزواج عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وتعتبر طلاقاً عند محمد . . . وعلى كلا الأحوال فالفسخ بسبب ردة أحد الزوجين المسلمين عن دين الإسلام تعتبر فيه الزوجة محلا لوقوع الطلاق عليها إذا كانت الزوجة لا تزال فى عدة الفسخ ، وكذلك فسخ عقد الزواج لإمتناع الزوجة غير الكتابية عن أن تعتنق الإسلام أو أى دين سماوى بعد إسلام زوجها ... أما الفرقة بسبب إباء الزوج عن الإسلام بعد إعتناق زوجته الإسلام فالراجح فى المذهب الحنفى أن هذه الفرقة طلاق لا فسخ للعقد حتى لو أسلم الزوج بعد ذلك وعقد زواجه عليها احتسبت هذه الفرقة من عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

المعتدة من فرقة هى فسخ عقد زواجها :

كل معتدة من فرقة هى فسخ لعقد الزواج عدا الصورتين السابقتين

(من فسخ زواجها بسبب ارتدادها ، أو بسبب إبائها الدخول فى الإسلام وكانت غير كتابية وأسلم زوجها ، أو فسخ زواجها بسبب ردة زوجها عن دين الإسلام) لا تكون محلا لوقوع الطلاق عليها فلا يقع الطلاق على من إختارت نفسها بسبب خيار البلوغ ، أو خيار الإفاقة من الجنون أو العتة أو لنقصان مهرها عن مهر مثلها ..

المتزوجة بعقد فاسد :

لا يقع الطلاق على المرأة التى تزوجت بعقد فاسد ؛ لأن الطلاق أثر من آثار الزواج الصحيح .

لا طلاق لامرأة أجنبية :

قال الأحناف : لا يقع الطلاق الذى يوقعه رجل على امرأة ليست زوجة له حقيقة أو حكما . إلا إذا عاق طلاقها على زواجه بها فيقع الطلاق بمجرد وجود الشرط وهو زواج الرجل بها ،

المبانة بينونة كبرى :

لا يلحق الطلاق المرأة المبانة بينونة كبرى . ومثلها المرأة التى انتهت عدتها من طلاق رجعى أو بائن .

المطلقة قبل الدخول :

لا يلحق الطلاق المرأة التى طلقت قبل الدخول إذ لا عدة عليها فبمجرد طلاقها من زوجها بانت منه من غير عدة . ولذا يصح لها أن تتزوج غيره عقب الطلاق مباشرة . وأما المطلقة قبل الدخول وبعد الخلوة الصحيحة فعليها العدة لكن لا يلحقها الطلاق أيضاً ؛ لأن وجوب العدة فى هذه الحالة للاحتياط فقط حتى لا يسقى الإنسان بمائه زرع غيره .

الشروط الواجب توافرها فى صيغة الطلاق .

صيغة الطلاق تصح عند الأحناف بغير اللغة العربية كما تصح باللغة العربية . فلم يعهد فى الشريعة الإسلامية أن يكون إنشاء العقود والتصرفات بلغة دون لغة . فكل لفظ بأية لغة يدل على الطلاق يقع به الطلاق .

إضافة الطلاق إلى محله :

لا بد من إضافة الطلاق إلى الزوجة حقيقة أو حكما بحيث يفهم من ذلك تطليقها فى اللغة أو فى متعارف الناس . ومن أمثلة إضافة الطلاق إلى الزوجة حقيقة قول الزوج لزوجته مخاطبا إياها : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو طلقتك أو زوجتى طالق . وهكذا .

ومن أمثلة إضافة الطلاق إلى الزوجة حكما ما تعورف بين الناس فى الحلف بالطلاق كقولهم : الطلاق يلزمنى لا أفعل كذا فهذا بمنزلة قول الرجل لزوجته : إن فعلت كذا فأنت طالق . فالطلاق مضاف للزوجة من حيث المعنى فى عبارة الزوج وإن لم يضف إليها فى تلفظه .

وكذلك يعتبر من قبيل إضافة الطلاق إلى الزوجة حكما ومعنى وإن لم يكن مضافاً إليها لفظاً قول الرجل لزوجته على الطلاق ، أو على الحرام أن أفعل كذا ، أو لا أفعل كذا ..

تعليق الطلاق على المشيئة :

إذا علق الطلاق على من لا تعلم مشيئته كتعليق الطلاق على مشيئة الله سبحانه وتعالى بأن قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى فلا يقع الطلاق فى هذه الحالة . ويشترط أن يكون قوله : « إن شاء الله » متصلا

بما قبله فإن فصل بينه وبين قوله : « أنت طالق » فاصل بلا عذر وقع الطلاق .
كما يشترط أن يكون قوله : « إن شاء الله مسموعاً » فإذا أسر بها فى نفسه ولم يتلفظ بقوله : « إن شاء الله » وقع الطلاق بقوله : « أنت طالق » وهذا لأن قول : « إن شاء الله » من قبيل الاستثناء من شروطه الإتصال ، والتلفظ به .

تعليق الطلاق على مشيئة من تعلم مشيئته :

قال الأحناف : لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان يتقيد هذا التفويض بمجلس علم فلان فإن شاء فى مجلس علمه وقع الطلاق . وكذلك إذا كان غائباً وبلغه الخبر . فإن التفويض بالطلاق يقتصر على مجلس علم الغائب الذى علق الزوج طلاق زوجته على مشيئته . وعلل الأحناف لرأيهم هذا بقولهم : إن قول الزوج لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان هو تمليك الطلاق لهذا الذى علق الزوج طلاق امرأته على مشيئته ، فيتقيد بالمجلس .

علم المطلق بالصيغة :

ويشترط لوقوع الطلاق علم المطلق بمعناه . فلو قال رجل أعجمى لا يعرف اللغة العربية لامرأته : أنت طالق ، وهو لا يعلم معنى هذه الجملة ، لا يقع الطلاق .

صريح الطلاق وكناياته

ينقسم اللفظ الذى يستعمل فى إيقاع الطلاق إلى صريح وإلى كناية .

الصريح :

اللفظ الصريح هو الذى لا يستعمل إلا فى حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق

أو التطليق كقول الزوج لزوجته : أنت طالق ، أو « أنت الطلاق » أو « طلقتك » . ويسمى هذا النوع صريحاً ، لأن الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد ، مكشوف المعنى عند السامع مأخوذ من قولهم : صرح فلان بالأمر أى كشفه وأوضحه ويسمى المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية .

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية :

قال الأحناف : صريح الطلاق لا يحتاج لإيقاع الطلاق به إلى نية ؛ لأن ألفاظ الصريح ظاهرة المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا فى الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق بها . إذ النية عملها فى تعيين المبهم ولا إبهام فيها قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » حيث شرع الله الطلاق من غير شرط النية . وقال سبحانه وتعالى: « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقاً عن شرط النية . كذلك روى أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو ، ولو كانت النية شرطاً لسأله عنها ، ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق . فدل على وقوع الطلاق من غير نية .

وقال الأحناف : ونظراً لأن صريح الطلاق يقع به الطلاق دون حاجة إلى النية . لو أن رجلا قال لزوجته : أنت طالق ، ثم قال : أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق قضاء ؛ لأن ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضى فى صرف الكلام عن ظاهره . لكنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى مايحتمله كلامه فى الجملة والله مطلع على قلبه . أما امرأته فلا يسعها أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر ... ولو قال الرجل لامرأته : « أنت

طالق ، وقال أردت أنها طالق من العمل لا يصدق قضاء ولا ديانة . لأن هذا اللفظ لا يستعمل فى الطلاق عن العمل . فقد نوى مالا يحتمله لفظه أصلا . فلا يصدق أصلا . وهناك رواية فى المذهب للحسن عن أبى حنيفة أنه يصدق ديانة .

كونى طالقاً :

لو قال الرجل لزوجته كونى طالقاً . أو أطلقى ... تطلق امرأته ، لأن الكلام وإن كان على صيغة الأمر لكنه ليس أمراً حقيقياً ؛ بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً كما هو فى قوله تعالى : « كن فيكون » فهو كناية عن التكوين . والمرأة لا تكون طالقاً إلا بالطلاق . وتطلق المرأة كذلك بقول زوجها لها : « يا مطلقة » ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة . ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق فإن قال : أردت الشتم لا يصدق قضاء ، لأنه خلاف الظاهر فقد نوى فيما هو وصف ألا يكون وصفاً فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضى .

لكن لو كان لزوجته زوجاً سابقاً وطلقت منه وقال عنيت ذلك صدق قضاء ؛ لأن نوى ما يحتمله لفظه ؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة فى نفسها من غير إضافة إلى نفسه . وقد تكون مطلقته ، وقد تكون مطلقة زوجها الأول فالنية صادقت محلها فصدق فى القضاء .

صريح الطلاق بغير اللغة العربية يحتاج إلى النية :

قال أبو حنيفة فى فارسى قال لامرأته : « بهشتم آن زن » أو قال : « إن زن بهشتم » قال إن هذا القول لا يعتبر طلاقاً إلا إذا نوى به الطلاق ؛ لأن معنى هذا القول : « خليت » وخليت من قبيل الكنايات لا الصريح .

رأى أبي يوسف :

ويرى أبو يوسف أن صريح الطلاق فى أى لغة لا يحتاج إيقاع الطلاق به إلى نية كصريح الطلاق فى اللغة العربية ..

ألفاظ الصريح لا يقع بها البائن :

ويقع بألفاظ الطلاق الصريحة طلاق رجعى فقط فلو قال الرجل لامرأته « أنت طالق » ونوى بها الإبانة لغيت نيته ؛ لأنه نوى تغيير الشرع ؛ لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا . إلى ما بعد انقضاء العدة فإذا نوى إبانتها للحال معجلا فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية . فبطلت نيته وإن نوى ثلاثاً لغت نيته أيضاً .. وقيل تصح نيته ويقع بقوله : « أنت طالق » ثلاثاً .

كنايات الطلاق

كنايات الطلاق هى الألفاظ التى تستعمل فى الطلاق وفى غيره فلا يقع الطلاق بشىء منها إلا بالنية ، أو بقرينة الحال التى تدل على أن المراد بها الطلاق .

وألفاظ الكناية كثيرة . منها قول الرجل لزوجته : أنت بائن أو بتة ، أو خلية ، أو برية ، أو اذهبى إلى أهلك ، أو حبلك على غاربك ، أو اعتدى ، أو استبرىء رحمك . . .

معانى هذه الألفاظ

« أنت بائن » البينونة تحتمل الانفصال من رابطة الزوجية ، كما تحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر . وقول الرجل لامرأته ؛

« أنت بتة » معناها أنت مقطوعة مفصولة لأنك طلقت أو أنت مقطوعة مفصولة عن الخير أو عن الشر . أما قول الرجل لامرأته : « أنت خلية » أو « أنت برية » فيحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه . كما يحتمل الخلو والبراءة من الخير والشر . أما قول الرجل للزوجة : حبلك على غاربك » فيحتمل أنه لاسلطان له عليها لأنه طلقها . كما يحتمل التبكيت والتأنيب .

وقول الرجل لزوجته : اعتدى يحتمل إرادة العدة الشرعية التى تعقب الطلاق ، لأنه طلقها . كما يحتمل معنى الاعتداد بما هى فيه من نعمة وخير ، والشكر على ذلك . وقول الرجل لزوجته : « اذهبى إلى أهلك » يحتمل إرادة الطلاق فتعود إلى أهلها كما كانت . ويحتمل إبعادها عنه بسبب الغضب وقوله « استبرىء رحمك » يحتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كى تستطيع التزوج بزوج آخر ، لأنها صارت طالقاً . كما يحتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن يعرف أنها غير حامل .

وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

قال الأحناف : كنايات الطلاق يختلف الحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه بالنظر إلى الديانة وإلى القضاء . كما يختلف حكم القضاء فيها تبعا لاختلاف معانيها والأحوال التى ترد فيها تلك الصيغ والألفاظ . وتفصيل ذلك فيما يلى :

نية الطلاق

لو ادعى الرجل أنه أراد بقوله لزوجته « أنت طالق » أو : « أنت خلية » إلى غير ذلك من ألفاظ كنايات الطلاق أنه ما أراد بها طلاق زوجته بل إنه قصد ما تحتمله من معان أخرى فالأمر عند الأحناف فى هذا الادعاء كما يلى :

يصدق الرجل فى إدعائه ديانة

قال الأحناف : إن الرجل إذا ادعى أنه قصد بما تلفظ به من كناية المعنى الآخر للفظ غير معنى الطلاق يصدق الرجل ديانة فى هذا الادعاء ويوكل الأمر إلى نيته فيما يريده من تلك الألفاظ ويفتى فى حالة ما إذا قال أردت غير الطلاق بعدم وقوع الطلاق .

من ناحية القضاء

وأما من ناحية القضاء فالحكم بوقوع الطلاق أو بعدم وقوعه يتوقف على أحد أمرين هما :

أولا : النية التى يفصح عنها صاحبها بقوله أردت بما تلفظت به كذا وكذا – طلاقا – أو غير طلاق من معان يحتمله اللفظ الذى نطق به .

ثانيا : القرينة التى ترجح أحد الاحتمالات التى يحتملها لفظ الكناية الذى تلفظ به الزوج .

فدلالة القرينة على المعنى المقصود من اللفظ أقوى وأبعد عن التهمة – فى اعتبـــار القضاء من دعوى الرجل أنه يريد بما تلفظ به كيت أو كيت . فإنه لا يصدق فى هذه الدعوى إلا إذا كانت قرائن الأحوال تساعد على ذلك .

وقال الأحناف توضيحا وتأكيداً لما سبق : إن الأحوال التى ترد فيها ألفاظ الكناية مما يأتى :

(ا) حالة الرضا بين الزوجين وانسجامهما ،

(ب) حالة الغضب والخصومة بين الزوجين

وفى كلتا الحالتين إما أن يجرى بين الزوجين حـــديث عن الطلاق

بأن تطلب الزوجة من زوجها أن يطلقها أو يطلبه غيرها ، وإما ألا يكون الأمر كذلك .

وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع هى :

١ — مايصلح جوابا لطلب الطلاق ، ولا يصلح رفضا له ، ولا شتما . وذلك مثل لفظ « اعتدى » .

٢ — ما يصلح جوابا لطلب الطلاق ، كما يصلح أن يكون شتما وذلك مثل بائن ، وبتة ، وخلية ، وبرية .

فهذه تصلح فى مقام طلب الطلاق أن تكون إجابة لهذا الطلب . فيقع بها الطلاق . كما يصلح أن تكون شتما للزوجة فى مقام الغضب ، ولكنها لا تصلح أن تكون رفضا لطلب الطلاق .

٣ — ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، كما يصلح رفضا له . وذلك مثل : اخرجى ، اذهبى ، اغربى ، قومى ، تقنعى . فألفاظ هذا النوع تحتمل أن تكون رفضا وردا له .

والحكم فى ذلك على التفصيل الآتى :

أولا : فى حالة الرضا المجردة عن مذاكرة الطلاق وطلبه لا يحكم بوقوع الطلاق فى شىء من ألفاظ الكناية جميعها إلا بالنية . فيصدق الرجل إذا قال: إنى لم أرد بذلك طلاقا ، وذلك لأن كنايات الطلاق كما تحتمل الطلاق تحتمل غيره . وليس هناك قرائن ترجح أحدهما على الآخر فيكون الفصل فى ذلك هو النية .

ثانيا : إذا جرت فى حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية ، ولا يصدق الرجل فيهما إذا

قال : إنى لم أرد الطلاق ، لأن النوع الأول لا يحتمل غير الجواب على طلب الطلاق . وهنا الطلب حاصل ، فيترجح أن المراد باللفظ هو إيقاع الطلاق . وكذلك الحكم فى ألفاظ النوع الثانى . وهو ما يحتمل الجواب والشتم . فإن المقام ليس مقام شتم مادامت الحالة حالة رضا . فيحمل اللفظ على أنه جواب لطلب الطلاق . فلا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل إذا ادعى أنه لم يرد به الطلاق . . . أما ألفاظ النوع الثالث الذى يحتمل الجواب والرد فإن الطلاق يتوقف فيها على النية ، لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض . وألفاظ هذا النوع تحتمل الأمرين ، فلا يترجح أحدهما على الآخر إلا بالنية . فيصدق الرجل إذا قال : إنه لم يرد باللفظ الطلاق .

ثالثا : إذا كانت الحالة حالة غضب ، ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوع الأول الذى لا يحتمل شتما ، ولا رفضا للطلاق ولا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل فى دعوى إرادة شىء غير الطلاق .

أما فى النوعين الأخيرين فيتوقف الطلاق على النية ، لأن المقام مقام غضب يصح أن ترد فيه ألفاظ الشتم أو الرد . واللفظ يحتمل أحدهما فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية . ويصدق الرجل إذا قال : إنى أردت الشتم أو رفض الطلاق

رابعا : وكذلك الحكم إذا جرت فى حالة الغضب مذاكرة الطلاق وطلبه فإنه يقع الطلاق من غير توقف على النية فى النوع الأول ، ويتوقف وقوعه على نية الطلاق فى النوعين الأخيرين ، لاحتمال أن الرجل أراد بما تلفظ به من كلمات شتم زوجته ولم يرد بها الطلاق [1] .

---

(١) راجع فتح القدير ج٣ ص ٩٠ ، ٩١ وبدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١٠٦

ما عليه العمل فى المحاكم الآن

يجرى العمل فى محاكم الأحوال الشخصية المصرية الآن بعدم وقوع الطلاق بالألفاظ التى هى من قبيل الكتابة إلا بنية الطلاق طبقا لنص المادة الرابعة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها هو الآتى «كنايات الطلاق وهى ما تحتمل الطلاق وغيره . لا يقع بها الطلاق إلا بالنية » . وقد أخذ القانون فى هذه المادة بمذهب المالكية والشافعية إذ عندهما أن الطلاق بألفاظ الكتابة لا يقع بها إلا بالنية . ولا تعتبر عندهم دلالة الحال على الطلاق . .

وقوع الطلاق بالكتابة

يقع الطلاق بالكتابة ولو كان الزوج قادرا على التلفظ بما يفيد الطلاق وتقوم الكتابة المستبينة المرسومة مقام اللفظ الصريح فيقع بها الطلاق من غير توقف على نية الطلاق ما دام المكتوب صريحاً فى الطلاق . فإذا كتب الزوج لزوجته بعنوانها قائلا بعد ديباجة الخطاب : « أنت طالق » وقع الطلاق بمجرد الكتابة وإذا علق طلاقها على وصول كتابه إليها كقوله لها فى خطابه : « إذا وصلك خطابى هذا فأنت طالق » أو علق طلاقها على قراءتها للخطاب فلا تطلق إلا إذا تحقق ما علق عليه الطلاق . من وصول الخطاب إليها ، وقراءتها للخطاب وهكذا .

الكتابة المستبينة غير المرسومة

أما إذا كتب الزوج كتابة غير معنونة كأن يكتب على ورقة «زوجتى طالق» أو «طلقت زوجتى» ففى هذه الحالة لا يقع الطلاق إلا إذا نوى بما كتب وقوع الطلاق .

الكتابة غير المستبينة

والكتابة غير المستبينة كالكتابة فى الهواء ، أو على صفحة الماء لا يقع بها الطلاق . ولو نوى بما كتبه الطلاق ؛ إذ ليس هناك ما يدل على الطلاق من لفظ أو كتابة مستبينة .

الطلاق بالإشارة

إذا كان الزوج أخرس أو معتقل اللسان لا يعرف القراءة والكتابة يكون طلاقه بإشارته المفهمة المعبرة عن قصده ورغبته فى إيقاع الطلاق ، لأن إشارته فى هذه الحالة هى الوسيلة الوحيدة للتعبير عن قصده وإرادته .

الأخرس الذى يعرف الكتابة

إذا كان الأخرس قادرا على الكتابة فالرأى الراجح عند الأحناف أن طلاقه يكون بالكتابة لا بالإشارة المفهمة ، لأن الكتابة أدل على المقصود من الإشارة فلا يعدل عنها إلا عند تعذرها .

نية الطلاق دون التلفظ به

لا يقع الطلاق من إنسان لأنه نواه فقط بل لابد وأن يتلفظ بما نواه أو أن يوجد ما يحل محل التلفظ بالطلاق من كتابة مستبينة مرسومة كما بيناه سابقا ، أو إشارة مفهمة إذا كان الزوج عاجزا عن النطق والكتابة . لأن التلفظ بالطلاق وما اعتبره الشارع قائماً مقامه من كتابة أو إشارة هى علامات على مقصد الإنسان وهى الأسباب الظاهرة التى تبنى عليها الأحكام الشرعية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتى عما حدثت به أنفسها مالم تعمل أو تتكلم » .

الطلاق الرجعي والطلاق البائن

ينقسم الطلاق بالنظر إلى الأثر المترتب عليه إلى طلاق رجعي وإلى طلاق بائن بينونة صغرى أو بائن بينونه كبرى ، وتفصيل ذلك فيما يلي :

الطلاق الرجعي

الطلاق الرجعي هو الذي يرفع قيد النكاح الصحيح في المآل لا في الحال فمع وجوده تعتبر المطلقة زوجة من كل وجه .

الطلاق البائن

والطلاق البائن : هو الذي يرفع قيد الزواج في الحال فلا يملك الزوج بعده أن يراجع مطلقته ولو كانت في العدة وليس له أن يعيدها إلى عصمته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين هذا إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى .

وأما إذا كان الطلاق بائنا بينونة كبرى فإن المطلقة تحرم على مطلقها تحريما مؤقتا فلا يحل له أن يتزوجها مرة أخرى إلا بعد أن تتزوج غيره زواجا صحيحاً نافذا ، ويدخل بها دخولا حقيقياً ثم تحدث الفرقة بينهما لأي سبب من الأسباب إما بطلاق أو وفاة، وتنقضي عدتها منه فحينئذ للزوج الأول الحق في أن يتزوجها مرة أخرى إذا أراد .

حالات الطلاق الرجعي والبائن

أولا ـ حالات الطلاق الرجعي

يكون الطلاق رجعياً في الحالات الآتية :

١ ــ في كل طلاق بعد الدخول الحقيقي وكان الطلاق بلفظ من مادة :

الطلاق أو التطليق غير مقترن بعوض ، ولا بعدد ، ولا موصوف بوصف الشدة أو القوة أو نحوهما . ولا بما يفيد معنى البيونة والانفصال ولم يكن على مال ولا مكملا للثلاث .

ب — الطلاق بعد الدخول الحقيقي إذا كان بلفظ من ألفاظ كنايات الطلاق التي لا تفيد معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية. مثل اعتدى، واستبرئي رحمك ، وأنت واحدة . وقد علل الأحناف لذلك فقالوا :

كان القياس أن يكون الطلاق بلفظ : اعتدى ، طلاقا بائنا لأن هذا اللفظ من ألفاظ الكنايات لكننا تركنا القياس وعملنا بحديث جابر رضى الله عنه ففيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها : « اعتدى » فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضى الله عنها حتى تحشر فى جملة أزواجه صلى الله عليه وسلم ، فراجعها ورد عليها يومها . »

وقال الأحناف أيضاً : إن قول الزوج لزوجته . « اعتدى » أمر بالاعتداد. والاعتداد يقتضى سابق الطلاق . والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة . والضرورة ترتفع بالأقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ما سواها . وقوله : « استبرئى رحمك » تفسير قوله اعتدى . لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله : « اعتدى » . وأما قوله . « أنت واحدة » فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة ؛ كأنه قال : أنت طالق طلقة واحدة ، كما يقال : أعطيته جزيلا أى عطاء جزيلا [1] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ .

ثانيا ـ حالات الطلاق البائن :

يكون الطلاق بائنا فى الأحوال الآتية :

أولا ـ الصريح البائن :

١ ـ الطلاق قبل الدخول الحقيق فهو طلاق بائن لا يقبل الرجعة ؛ لأن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها والرجعة لا تكون إلا فى العدة . والخلوة الصحيحة لا يكون لها هنا حكم الدخول الحقيق . فالطلاق بعد الخلوة المجردة يقع بائناً للاحتياط وهذا من المواضع التى تخالف فيها الخلوة الدخول الحقيق .

٢ ـ إذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بالشدة ، أو القوة ، أو بوصف يفيد البينونة والانفصال الشديد . كقول الرجل لزوجته : أنت طالق طلقة شديدة ، أو قوية ، أو طويلة ، أو عريضة . فإن المراد بالطول والعرض ، الشدة والقوة كقوله : أنت طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق البتة ، وكذلك قوله : أنت طالق طلقة تملكين بها نفسك فإنها لا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

٣ ـ إذا كان الطلاق فى مقابلة عوض من جهة المرأة ؛ فإن المقصود من العوض أن تملك بالطلاق نفسها ، وتخلص لها عصمتها ، وذلك لا يكون إلا بالطلاق البائن .

٤ ـ إذا كانت الطلقة مكملة للثلاث فإنه تثبت بها البينونة الكبرى ، وكذلك إذا كانت صيغة الطلاق مقرونة بعدد الثلاث لفظاً ، أو بالإشارة . ففى كل هذه الأحوال يقع الطلاق بائنا دون توقف على نية المطلق .

ثانيا ـ الكناية التى تفيد البينونة :

٥ — إذا قال الرجل لامرأته : أنت خالصة ، أنت حرام . أو قال على الحرام لأفعلن كيت وكيت أو لا أفعله فإن هذا أيضاً ملحق بالصريح الذى لا يتوقف على نية ، والواقع به طلاق بائن ، لأنه يفيد معنى الشدة والفصل التام لرابطة الزوجية .

٦ — الكنايات التى تفيد الشدة والفصل التام . مثل . أنت بائن أو أنت طالق البتة ونحو ذلك .

ما عليه المحاكم الآن :

تسير المحاكم المصرية الآن على أن كنايات الطلاق جميعا لا يقع بها إلا الطلاق الرجعى ويشترط أن ينوى بها الطلاق وذلك تطبيقاً لنص المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وفيما يلى نصها .

م ـ ٥ ـ كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث ، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون ، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ .

موقف القانون من مذاهب الأئمة الأربعة :

والقانون فيما نص على كونه بائناً أو رجعياً فى المادة سالفة الذكر قد وافق مذاهب الأئمة الأربعة . فما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكملا للثلاث ، ولا واقعا قبل الدخول ، وليس فى مقابلة مال من جهة الزوجة فالطلاق الواقع بها من قبيل الطلاق الرجعى . أما المكمل للثلاث ، والواقع قبل الدخول أو على مال فإنه يكون بائنا .

لكن القانون فى قصره البينونة التى تكون من المطلق على الأحوال السابقة التى عددها وحددها فى المادة الخامسة سالفة الذكر وهى حالات ثلاث يكون مخالفاً لمذاهب الأئمة الأربعة ، فعندهم الطلاق المقترن بعدد الثلاث يقع ثلاثا والقانون يجعلها طلقة واحدة . وقد نص على ذلك فى المادة الثالثة منه .

أحكام الطلاق الرجعى والطلاق والبائن

أحكام الطلاق الرجعى :

قال الأحناف : الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ، ولا يرفع الحل ، وليس له من أثر إلا نقص . عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ؛ ولذلك تثبت فيه الأحكام الآتية :

١ — يملك المطلق طلاقا رجعياً مراجعة مطلقته من غير عقد جديد مادامت فى العدة .

٢ — فى الطلاق الرجعى يظل الصداق المؤجل مؤجلا كما هو حتى تبين الزوجة بانقضاء عدتها فيحل لها بعد انقضاء عدتها مطالبة مطلقها به وقبل ذلك وهى فى العدة لا محل لها أن تطالبه به .

٣ — الطلاق الرجعى لا يمنع من التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما أثناء العدة سواء كان الطلاق فى حال الصحة أم فى حال مرض الموت ، وسواء أكان الطلاق برضا الزوجة أم بغير رضاها ، وسواء أكانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث كأن تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك ثم صارت إلى الحالة التى يصح معها الإرث بأن كانت كتابية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة .

٤ - المطلقة رجعياً يمكن لمطلقها إيقاع طلاق آخر عليها مادامت معتدة سواء أكان رجعياً أم بائناً .

أحكام الطلاق البائن

الطلاق البائن إما أن تثبت به بينونة صغرى ، أو بينونة كبرى . وكل منهما يزيل الملك الثابت بالزوجية . فلا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين وتزيد البينونة الكبرى بأنها ترفع الحل أيضاً فلا يعود هذا الحل بين الرجل والمرأة بالعقد الجديد إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ويذوق كل منهما عسيلة الآخر . وتفصيل حكم البينونة فيما يلي :

أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى

يمكن إجمال أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يلي :

١ - لا يمكن لمن طلق امرأته طلاقا بائناً بينونة صغرى أن يعيد إليه مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين .

٢ - يحل بمجرد وقوع البينونة الصغرى مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين .

٣ - إذا مات (المطلق أو المطلقة) فى حالة الطلاق البائن قبل انقضاء العدة فلا يرثه الآخر ؛ لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية ، والبينونة تزيل الملك الثابت بهذه الزوجية . فيلتفى سبب التوارث بينهما إلا فى حالة واحدة . وهى الحالة التى يظن فيها أن البينونة كانت فراراً من الإرث فيعامل هذا الفار بنقيض مقصوده ؛ ويثبت للآخر حق الميراث فى تركته .

٤ - إذا طلق الرجل المرأة فى عدة البينونة فلا يقع طلاقه إذا كان الطلاق الثانى بائنا . بلفظ الكناية فى مقام يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى .

أحكام البينونة الكبرى

ما ذكر من أحكام متعلقة بالبينونة الصغرى هى أحكام للبينونة الكبرى إلا فى مسألتين :

الأولى : أن البينونة الكبرى هى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر .

الثانية : أنه لا يمكن معها أن ترجع المرأة إلى الذى طلقها حتى تتزوج بغيره زواجاً صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها وتنقضى عدتها منه .

الأحكام المشتركة

من الأحكام التى يشترك فيها كل من الطلاق الرجعى ، والبائن بنوعيه ما يأتى : —

١ — وجوب نفقة العدة بأنواعها الثلاثة للمطلقة .

٢ — ثبوت نسب ولد المطلقة من مطلقها على تفصيل فى ذلك تعرض له فى ثبوت النسب .

٣ — إذا تزوجت المطلقة رجعياً أو بائناً — بعدانقضاء عدتها — بزوج آخر ثم فارقها هذا الزوج بعد الدخول ، وأرادت أن تعود إلى الأول فإنها تعود إليه بزوجية جديدة يملك فيها ثلاث طلقات ، لأن الزواج الثانى يهدم ما كان من الطلاق فى الزواج الأول ، سواء أكان ثلاثاً أم أقل عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد وزفر : إنه يهدم الثلاث لا غير . فإذا عادت المطلقة طلقة واحدة أو اثنتين إلى الزوج الأول تعود إليه بحل كامل ، يملك فيه ثلاث طلقات على رأى أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد وزفر :

إن مطلقها الأول إذا عادت إليه لا يملك عليها إلا ما بقى من الطلاق الثلاث أما إذا كانت مطلقة ثلاثاً ، ثم عادت إلى مطلقها بعد زواجها من غيره زواجاً صحيحاً ودخل بها : فإنها تعود إلى الأول بحل كامل . يملك فيه ثلاث طلقات بلا خلاف بين أئمة المذهب .

الطلاق المنجز والمضاف إلى زمن والمعلق على شرط

الطلاق من قبيل الاسقاطات لا التمليكات فهو عبارة عن إزالة ملك النكاح ، ورفع تقييد حرية المرأة بما يدل على ذلك . وكل ما كان من قبيل الإسقاطات لا التمليكات يجوز أن يكون منجزاً ، ومضافاً إلى زمن مستقبل ، ومعلقاً على شرط وأحكام كل نوع فيما يلى :

الطلاق المنجز :

الطلاق المنجز : هو ما قصد به إيقاع الطلاق فوراً وذلك بصيغة غير مضافة إلى زمن ولا معلقة على شرط . كقول الرجل لامرأته : أنت طالق ، أو مطلقة ، أو طلقتك . أو كتابته إليها بما ذكر كتابة مستبينة .

وحكم الطلاق المنجز : أنه يقع فى الحال بمجرد التلفظ بما يدل على إيقاعه متى صدر من يملكه وصادف محلا لوقوعه .

الطلاق المضاف :

والطلاق المضاف هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل وقصد به وقوع الطلاق عند حلول الزمن الذى أضيف إليه الطلاق كقول الرجل لامرأته : أنتِ طالقٍ غداً أو بعد غد أو أول الشهر القادم وهكذا .

حكمه :

وحكم الطلاق المضاف وقوعه عند حلول الزمن الذى أضيف إليه الطلاق وأما قبل ذلك فلا يقع الطلاق .

ويشترط لوقوع الطلاق المضاف عند حلول زمنه أن تكون المرأة محلا لوقوعه عليها عند حلول ذلك الزمن ، ولا يشترط أن يكون المطلق فى ذلك الوقت أهلا لإيقاع الطلاق فمن أضاف طلاق زوجته إلى زمن مستقبل وكان وقت صدور الطلاق عاقلا بالغاً ثم جن وقت حدوث ذلك الزمن طلقت زوجته . لكن لو قال لها أنت طالق غداً وكانت غير مدخول بها . ثم نجز طلاقها قبل مجيء الغد لم يقع عليها طلاق عند مجيء الغد لأن الغد جاء وهى أجنبية عن المطلق بطلاقه لها قبل دخوله بها .

الطلاق المعلق :

الطلاق المعلق هو الطلاق الذى رتب وقوعه على حصول أمر فى المستقبل بأداة من أدوات الشرط مثل إن ، وإذا ونحوهما . سواء كان هذا الأمر الذى علق على حصوله الطلاق فعلا الزوج أو للزوجة أو لغيرهما . أو أمراً من الأمور التى لا دخل فيه لأحد من الناس. فإذا قال الرجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق فهذا من قبيل الطلاق المعلق على فعل الزوجة هو دخولها الدار فى زمن مستقبل . وإن قال لها : إن أكلت سمكا فأنت طالق فنى هذا تعليق للطلاق على فعل له هو وهو أكله للسمك . وإن قال لها إن سافر محمد فامرأتى طالق فهو تعليق للطلاق على فعل لغير الزوجين ، وإن قال لها إن مات ابنى فامرأتى طالق فقد علق الطلاق على أمر لا دخل لأحد فى إحداثه .

والتعليق قد يكون تعليقا حقيقا كالأمثلة السابقة وما شابهها . وقد يكون تعليقا صوريا كما إذا علق الطلاق على أمر متحقق فى الحال

أى عند النطق بالطلاق المعلق كأن يقول الرجل والشمس طالعة : إن طلعت الشمس فامرأتى طالق .

التعليق على أمر يستحيل وجوده :

وإذا علق الطلاق على أمر مستحيل وجوده كان بمثابة إلغاء للطلاق ونفى له . فمن قال : إن وقعت السماء على الأرض فأنت طالق وأشباه ذلك كان كلامه لا أثر له فى إيقاع الطلاق .

والطلاق المعلق من حيث المعنى ينقسم إلى :ـ

١ ـ طلاق معلق بمعنى اليمين كأن يريد الزوج منع زوجته من الخروج فيقول لها إن خرجت من المنزل فأنت طالق فهو يقصد بذلك منعها من الخروج .

٢ ـ طلاق معلق على الصفة بمعنى أنه يراد به إيقاع الطلاق على صفة مخصوصة كأن تطلب الزوجة من زوجها الطلاق فيقول لها مجيباً : إن أبرأتنى من مؤخر صداقك مثلا فأنت طالق .

حكم الطلاق المعلق:

مذهب جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ومنهم الأئمة الأربعة أن الطلاق المعلق بنوعيه واقع عند حصول الأمر المعلق عليه الطلاق .

رأى آخر :

ويرى ابن حزم الظاهرى أن الطلاق المعلق بنوعيه لا يقع به شىء ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن الطلاق المعلق الذى هو بمعنى اليمين وهو مايقصد به الحث على فعل شىء ، أو الامتناع عن فعل شىء أو تقوية تصديق الحالف

بما أخبره عن شيء مضى . وهذا النوع من الطلاق المعلق لايقع وتجب كفارة اليمين إذا حصل المحلوف عليه — الشيء الذى علق عليه الطلاق — لحنثه فى اليمين .

وأما النوع الثانى من الطلاق المعلق — وهو الطلاق المعلق على صفة مخصوصة فإنه يقع عند حصول المعلق عليه .

ما عليه عمل المحاكم :

تسير المحاكم المصرية الآن على عدم وقوع الطلاق المعلق إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير . أما إذا كان قصد المتكلم بالطلاق المعلق وقوع الطلاق عند حصول ما علق عليه الطلاق معاملة للمتكلم بما قصده . لأن التعليق فى هذه الحالة ليس فى معنى اليمين بالطلاق وقد قضت المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير . . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : إن المشرع أخذ فى إلغاء اليمين بالطلاق برأى بعض علماء الحنفية والشافعية ، والمالكية . وأنه أخذ فى إلغاء الطلاق المعلق الذى فى معنى اليمين برأى الإمام على بن أبى طالب وشريح والقاضى وداود الظاهرى وأصحابه .

واستنتاجاً مما ذكرناه يكون المعمول به قانوناً فى المحاكم هو الآتى :

١ — وقوع الطلاق المنجز . وهو الطلاق الذى خلت صيغته عن التعليق والإضافة إلى زمن مستقبل :

٢ — وقوع الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل عند حلول الزمن المضاف إليه الزمان متى استوفى الطلاق جميع شروطه .

٣ — الحلف بالطلاق لغو لا يقع به شيء . والحلف بالطلاق هو ماقصد به

تقوية العزم على فعل شيء أو تركه ، أو تصديق الحالف بالطلاق فى إخباره عن شيء فعله أو لم يفعله . وذلك كأن يقول الرجل على الطلاق لأسافر غدا أو لا أدخل المكان الفلانى ، أو يقول على الطلاق أنا سأفعل كذا .

٤ ـ الطلاق المعلق إن كان لا يقصد به التخويف ، أو الحمل على فعل شيء أو تركه . وإنما يقصد به حصول المعلق عليه يقع به الطلاق عند حصول ما علق عليه معاملة للمطلق بقصده . كأن يقول الرجل لزوجته : إن أبرأتنى من مؤخر صداقك ، ونفقة عدتك فأنت طالق فتبرئه منهما وما أشبه ذلك من الصور التى لا يراد بالتعليق فيها التخويف ، ولا الحمل على فعل شيء أو تركه .

أما إذا كان يقصد بالتعليق التخويف ، أو الحمل على فعل شيء أو تركه كأن يقول الرجل لزوجته : إن سافرت إلى الإسكندرية فأنت طالق ، أو إن ذهبت إلى منزل فلان فأنت طالق ، أو إن تذهبى معى اليوم إلى منزل والدى فأنت طالق وهكذا فإن كان غرض المتلفظ بالطلاق بكلامه تخويف الزوجة فقط ، أو حملها على فعل الشيء الذى علق عليه بالطلاق ، أو تركه ، ولا يقصد حصول الطلاق لو حصل المعلق عليه كان التعليق فى معنى اليمين بالطلاق فلا يقع به شيء . وإن كان يقصد به الحمل على فعل المعلق عليه أو تركه ووقوع الطلاق لو حصل المعلق عليه ؛ لأنه لا يريد البقاء مع زوجته عند حصوله لم يكن فى معنى اليمين فيقع الطلاق عند حصول المعلق عليه . وبذلك يتبين أن القانون أرجع وقوع الطلاق فى هذه الحالة إلى غرض الزوج وقصده . وتفسير هذا القصد يرجع إلى الزوج نفسه إن لم تكن هناك قرينة تدل على غرضه وقصده .

الإنابة فى الطلاق

الطلاق من التصرفات التى يملكها الزوج فله حينئذ أن يتولاه بنفسه أو إنابة عنه غيره فيه سواء أكان هذا الغير هو الزوجة التى يريد الزوج طلاقها أم شخصا آخر غيره. والإنابة فى الحالة الأولى تسمى « تفويضا » وفى الحالة الثانية تسمى « توكيلا ».

تفويض الطلاق

قال الأحناف : إذا أناب الزوج زوجته فى تطليق نفسها سمى هذا تفويضا وكذلك لو علق طلاقها على مشيئة شخص أجنبي وخالف زفر فى الحالة الأخيرة فقال إنها لا تكون تفويضا بل توكيلا كما لو قال للأجنبي : « طلق زوجتى » لأن التقييد بالمشيئة « طلق زوجتى إذا شئت » والسكوت عنه: «طلق زوجتى» على حد سواء ، لأن الطلاق إذا صدر كان صدوره عن مشيئته ولا محالة لكونه مختارا فى التطليق غير مجبر عليه ؛

أما جمهور فقهاء الأحناف فيفرقون بين إنابة الأجنبي فى تطليق الزوجة دون تقييد بالمشيئة : « طلق زوجتى » وبين إنابته مع التقييد بالمشيئة : « طلق زوجتى إذا شئت » ، فقالوا : إن الإنابة فى تطليق الزوجة إنابة مطلقة هى توكيل لا تفويض ، لأن الرجل فى هذه الحالة يتصرف برأى الغير وتدبيره ومشيئته وهذا هو توكيل له فى تطليق الزوجة وليس من قبيل التمليك ، إذ الوكيل يتصرف عن رأى الموكل وتدبيره ومشيئته أما الإنابة المقيدة بالمشيئة ففيها يتصرف من أنيب برأيه هو وتدبيره ومشيئته فكانت الانابة فى هذه الحالة تمليكا للطلاق لا توكيلا فى إيقاعه ، لأن المالك هو من يتصرف عن رأيه ومشيئته

حكمة

التفويض تمليك الزوج غيره حق تطليق زوجته سواء أكان الغير هو الزوجة المراد تطليقها ، أم غيرها .

وتفويض الطلاق إلى المرأة يكون بواحد من ثلاثة :

١ — التخيير — كأن يقول : اختارى نفسك

٢ — الأمر باليد — كأن يقول لها أمرك بيدك ناويا بذلك تفويض أمر الطلاق إليها .

٣ — أن يقول الزوج لزوجته : طلقى نفسك .

للزوجة حق الرفض

للزوجة المفوض إليها تطليق نفسها حق رفض وإسقاط ما ملكته فلا تطلق نفسها . ولها أن تطلق نفسها بأن تقول : طلقت نفسى ، أو اخترت نفسى . فيقع الطلاق .

ليس للزوج حق الرجوع

أما الزوج الذى فوض طلاق زوجته إلى غيره فليس له حق الرجوع فيما فوض فيه ، لأن التفويض تعليق للطلاق من جانب الزوج على مشيئة الزوجة أو غيرها . والتعليق عند الحنفية يمين ، والأيمان بعد صدورها لا يمكن الرجوع فيها .

أقسام التفويض

التفويض بالنسبة لتقييده بالزمن ينقسم إلى تفويض مطلق ، وتفويض مقيد ، وتفويض عام فى جميع الأزمان .

التفويض المطلق

إذ فوض الزوج لزوجته تطليق نفسها غير مقيد هذا التفويض بزمن كأن يقول لها : « طلقى نفسك » ، أو « اختارى نفسك » فيثبت الزوجة حق تطليق نفسها مادام مجلس التفويض باقيا . فإن تغير المجلس أو ظهر مايدل على الإعراض عن موضوع التفويض سقط هذا الحق ، لأن التفويض تمليك والتمليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع . سواء صدر التفويض مقارنا لعقد الزواج أو بعده .

التفويض المقيد بزمن

وإذا حدد الزوج تفويضه للغير فى إيقاع الطلاق بزمن محدد ثبت حق الطلاق لمن فوض إليه إلى نهاية ذلك الزمن فإذا انتهى بطل هذا الحق . فلو فوض الرجل الطلاق لزوجته مدة شهر وكانت غائبة ولم تعلم بالتفويض إلا بعد مضى ذلك الشهر سقط حقها فى الطلاق ، لأنه مقيد بمدة وقد انتهت فلا تملكه بعد فوات زمنه .

التفويض بالطلاق فى جميع الأزمنة

وإذا كان التفويض مشتملا على مايدل على ثبوت حق التطليق للمفوض له فى جميع الأزمنة ثبت له هذا الحق فى أى وقت يراه وينتهى باستعمال هذا الحق مرة واحدة إلا إذا كان فى صيغة التفويض مايدل على ثبوت حق تكرار الطلاق . فمن قال لزوجته « طلقى نفسك متى شئت كان لها أن تطلق نفسها فى أى وقت شاءت فإن طلقت نفسها مـــرة انتهى التفويض . ولو قال لها : طلقى نفسك كلما شئت » كان لها أن تطلق نفسها أكثر من مرة إلى ثلاث .

نوع الطلاق الواقع بالتفويض

يرى فقهاء الحنفية أن الطلاق بالتفويض تارة يكون طلاقا بائناً ، وتارة يكون طلاقا رجعياً حسب صيغة التفويض . فإن كان التفويض بصيغة : اختارى نفسك ، أو أمرك بيدك فاختارت نفسها . كان الطلاق بائناً . لأن المرأة ، لايتم لها اختيار نفسها ، ولا يكون أمرها بيدها إلا بطلاق بائن .

وإذا كان التفويض من الزوج لها بقوله لها : «طلقى نفسك» فطلقت نفسها كان الطلاق رجعيا .

ما عليه عمل المحاكم

وعمل المحاكم الآن طبقا للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هو أن الطلاق الواقع بالتفويض طلاق رجعى .

للزوج أن يطلق زوجته مع وجود التفويض

قال الأحناف : للزوج بعد أن يفوض الطلاق إلى زوجته أن يوقع عليها الطلاق فالتفويض يشبه التوكيل من هذه الناحية . فكما للموكل حق التصرف فيما وكل به الغير كذلك للمفوض حق التصرف فيما فوض به الغير ، والتفويض وإن كان من قبيل التمليكات لكنه لايقتضى سلب حق الزوج فى إيقاع الطلاق بنفسه كما هو الشأن فى التمليكات ؛ لأن التفويض شبيه بالتوكيل فى هذه الناحية ويتفق معه فى أن لكل من الموكل والمفوض حق مباشرة الطلاق بنفسه .

الفرق بين التفويض والتوكيل

يفرق الأحناف بين توكيل الزوج غـــيره فى إيقـاع الطلاق على

زوجته وبين تفويض الغير فى استعمال هذا الحق . فيقولون . .

١ — التفويض بعد صدوره لا يملك الزوج الرجوع عنه، أما فى التوكيل فيملك الزوج الرجوع عنه مادام الوكيل لم ينفذ ماوكل به .

٢ — فى الوكالة . الوكيل يعمل بمشيئة الموكل وإرادته ولذلك فحقوق العقد كلها ترجع إليه فهو سفير ومعبر ولا يعتبر الوكيل ممتثلا إلا إذا نفذ ما وكل به على حسب رغبة الموكل وإرادته ولهذا فالتوكيل بهذا الاعتبار لا يكون تمليكا بل إنابة فقط .

أما التفويض فالمفوض إليه يعمل بمشيئته هو لا بمشيئة المفوض لأن المفوض جعل له حق العمل وفق مشيئته هو فالتفويض بهذا الاعتبار يعتبر بمثابة تمليك الطلاق للمفوض له يستعمله متى شاء .

٣ — لا يتقيد عمل الوكيل بمجلس الوكالة — أما التفويض فقد يتقيد بمجلس التفويض وذلك فى حالة ما إذا كان التفويض غير مقيد بزمن .

٤ — تبطل الوكالة بجنون الزوج لأنه يخرجه عن الأهلية وخروج الموكل أو الوكيل عن الأهلية يبطل الوكالة ، أما تفويض الطلاق فلا يبطله خروج الزوج عن أهليته بجنون وما ماثله ، لأن التفويض فى معنى التعليق والتعليق لا يبطل بجنون الزوج بعد صدوره .

عمل المحاكم

بعض المحاكم اجتهد قضاتها فرأوا أن التفويض لو صدر من الزوج لزوجته وقت إنشاء عقد الزواج بمعنى أن تقول له: تزوجتك على أن تفوضنى فى طلاق نفسى أو على أن يكون أمر طلاق بيدى فيقول لها الزوج : قبلت لا يتقيد هذا

التفويض بمجلس العقد بل لها أن تطلق متى أرادت دفعة واحدة فى أى وقت أرادت كما إذا ذكر فى التفويض كلمة تفيد التعميم . وقالوا تعليلا لأحكامهم بذلك : إن المرأة ماتزوجت لتطلق نفسها فى الحال بل لتملك ذلك فى المآل والألفاظ تفسر بحسب أغراضها ومراميها وما يحيط بها من القرائن والأحوال .

شرط التفويض المقارن لعقد الزواج

تفويض الطلاق قد يكون بعد تمام عقد الزواج . . . وهــذا لا يشترط لصحة مايشترط لصحة التفويض المقارن لعقد الزواج فقد اشترط فقهاء الاحناف لصحة تفويض الطلاق المقارن لعقد الزواج أن يكون الإيجاب صادرا من الزوجة أو وكيلها كأن تقول الزوجة للرجل : تزوجتك على أن يكون أمر الطلاق بيدى أطلق نفسى متى شئت ، أو كلما شئت فيقول الرجل لها فورا قبلت زواجك على ذلك . . . أما لو بدأ الرجل بالإيجاب واشترط لها التفويض فقال لها : تزوجتك على أن يكون أمرك بيدك تطلقين نفسك متى شئت . وقبلت المرأة ذلك فإن الزواج يتم ولا يصح التفويض وعلل الأحناف ذلك بقولهم : إن الزوج فى هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج . والزوج قبل تمام عقد الزواج لا يملك الطلاق . ولا يصح أن يملك الإنسان غيره شيئا لا يملكه هو بخلاف ما إذا صدر الإيجاب من المرأة أولا فإنها تكون قد اشترطت مع الإيجاب تمليكها . الطلاق وهــذا التمليك لا يحصل إلا بالقبول من الرجل فيكون تمليكا للطلاق بعد تمام العقد فيصح .

الطلاق الثلاث بلفظ واحد

اختلف العلماء فى وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد إما بتكرير الطلاق فى الكلام الواحد ثلاث مرات كما إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق . أنت طالق . أو باقتران الطلاق بعدد الثلاث ملفوظا به ، أو مدلولا عليه بالإشارة . كما إذا قال لها : أنت طالق ثلاثاً . أو قال لها : أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث مرفوعة . وبيان الحكم فيما تقدم تذكره فيما يلى :

مذهب جمهور الفقهاء

يرى فقهاء المذاهب الأربعة وهو رأى منقول عن جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم : أن الطلاق الثلاث يقع بقول الرجل لامرأته : أنت طالق ثلاثاً أو بالثلاث ، أو إذا قال لها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق وكانت مدخولا بها — وكذلك يقع الطلاق الثلاث بقول الرجل لامرأته : أنت طالق أو مطلقة وأشار بأصابعه الثلاث مرفوعة .

أما المرأة الغير مدخول بها لو قال لها زوجها : أنت طالق . أنت طالق أنت طالق فتبين بالطلقة الأولى لأنها وقعت حال قيام الزوجية بينهما حقيقة . وأما الطلقتان الثانية ، والثالثة فغير واقعتين ؛ لأن غير المدخول بها بمجرد طلاقها بانت من مطلقها لا إلى عدة فلم تكن محلا لوقوعها عليها لأنها بعد الطلقة الأولى أصبحت أجنبية عن مطلقها ولاعدة عليها ، ولذا يحل شرعا أن تتزوج غيره عقب الطلاق مباشرة .

رأى آخر

يرى بعض الفقهاء ومنهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وهو مذهب الشيعة

الإمامية ، وأفتى به داود بن على الظاهرى وأكثر أصحابه يرى هؤلاء : أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بتكرير الطلاق ثلاث مرات فى كلام واحد لا يقع به إلا طلقة واحدة رجعية .

الأدلة

أدلة جمهور الفقهاء

السنة

استدل جمهور الفقهاء على وقوع الطلاق الثلاث بلفظ واحد بحديث الملاعنة الذى أخرجه البخارى فى صحيحه حيث قال : قال عويمر العجلانى فى مجلس الملاعنة كذبت عليها إن أمسكتها يارسول الله ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وجه الاستدلال

الحديث دل على أن الطلاق الثلاث يقع إذاصدر بلفظ جمع فيه الثلاث طلقات فقد طلق عويمر زوجته ثلاثاً بلفظ واحد ولم ينكر عليه الرسول صلى الله عليه وسلم الطلاق الثلاث بلفظ واحد . فلو كان ذلك غير جائز لما سكت عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ولما ترك الناس يفهمون وقوع الثلاث بلفظ واحد إذا كان هذاالفهم غير صحيح . فسكوته صلى الله عليه وسلم تقرير لوقوع الثلاث بلفظ واحد . فلا محل للاعتراض بالقول : هذا الحديث لا دلالة فيه على مذهب الجمهور ، لأن المرأة الملاعنة تبين من زوجها بنفس اللعان فالطلاق الواقع بعد الملاعنة بين الزوجين لا محل له فهو طلاق على أجنبية عن المطلق .

٢ — ما رواه النسائى عن محمود بن لبيد قال . أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ؟ حتى قام رجل وقال . يارسول الله ألا أقتله ؟

وجه الاستدلال

الحديث أفاد عدة نقاط هى (ا) أن الرسول غضب من إيقاع الرجل الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث فلو كان الطلاق المقترن بلفظ الثلاث لا يقع به شىء أصلا أو لا يقع به إلا طلقة واحدة . لما كان هناك داع إلى الغضب ممن طلق زوجته بهذا اللفظ ، لأن الزوجية حينئذ لا تنتهى بهذا الطلاق بل يكون فى إمكان الرجل أن يعود إلى معاشرتها بدون احتياج إلى الرجعة إن لم يقع به شىء ، وبالرجعة إن كان الواقع به طلقة .

(ب) الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأمر هذا الرجل الذى طلق زوجته بلفظ الثلاث بمراجعة زوجته ، ولو كان للرجل حق مراجعتها بعد هذا الطلاق لأمره بالمراجعة كما فعل صلى الله عليه وسلم مع عبد الله بن عمر حين طلق زوجته فى حال الحيض تطليقة واحدة فإنه عليه الصلاة والسلام مع غضبه على ابن عمر أمره بمراجعتها . فدل ذلك على عدم وجود حق للرجل الذى طلق زوجته ثلاثاً بلفظ الثلاث مجتمعة فى مراجعة زوجته لوقوع الطلاق الثلاث وحصول البينونة بينهما .

٣ — مارواه الدارقطنى والطبرانى من أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما طلق مرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرءين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال . يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، إنك قد أخطأت السنة ، السنة أن يستقبل الطهر فتطلق لكل قرء

« يعنى تطليقة » قال ابن عمر : فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فراجعتها ثم قال : إذا هى طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك . فقلت يا رسول الله : أرأيت لو أنى طلقتها ثلاثاً أكان لى أن أراجعها ؟ قال : لا كانت تبين منك وتكون معصية .

وجه الاستدلال بالحديث :

أفاد الحديث أن الرجل لو طلق زوجته طلاقاً ثلاثا بلفظ واحد فإن طلاقه يقع وتبين منه امرأته وأن فى إيقاع الثلاث بلفظ واحد معصية لمخالفته ما أمر به الشارع (الطلاق مرتان) ومع كون هذا الفعل خطأ ومخالف للشرع لكنه يستتبع أثاره من وقوع الفرقة به بين الزوجين وأن المرأة تصبح بهذا الطلاق محرمة على زوجها حرمة مؤقتة بزواجها بآخر خلافه ودخوله بها دخولا حقيقياً وفراقه لها بأى فرق النكاح .

٤ — ما رواه أبو داود فى سننه من أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة المزنية البتة ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إنى طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت إلا واحدة . فقال النبى صلى الله عليه وسلم لركانة . والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان رضى الله عنهما .

وجه الاستدلال :

الحديث دل على طلاق أكثر من طلقة بلفظ واحد يقع فقد أبان الحديث ذلك لسؤال رسول الله صلى الله عليه وسلم لركانة بقوله له : والله ما أردت إلا واحدة وقول ركانة مجيباً على السؤال ؛ والله ما أردت يا رسول الله

إلا واحدة . إذ لو كان الطلاق بلفظ الثلاث لا يقع ثلاثا لما كان هناك فائدة لسؤال الرسول صلى الله عليه وسلم لركانة عن نيته فى عدد الطلقات وجواب ركانة بقوله : إنه ما أراد إلا واحدة .

كذلك لفظ « البتة » الذى استعمله ركانة فى طلاق زوجته ليس صريحاً فى الطلاق الثلاث ولفظ ثلاثا ، صرح فيه « كاد الرسول من حديثه يفهم أن الثلاث تقع بلفظ « البتة » لو نواها ركانة فأولى أن يقع بلفظ « الثلاث » الطلاق الثلاث لأنه صرح فيه .

٥ — ما أخرجه الطبرانى عن عبادة عن النبى صلى الله عليه وسلم فى رجل طلق ألفاً أنه قال : « وأما الثلاث فله ، وأما تسعمائة وسبع وتسعون فعدوان وظلم إن شاء الله عذبه ، وإن شاء غفر له » .

٦ — ما روى عن كثير من صحابة رسول الله أنهم كانوا يقولون بوقوع الطلاق الثلاث إذا أوقعه الزوج بلفظ الثلاث فمن ذلك ما روى عن الإمام مالك أنه بلغه أن رجلا قال لابن عباس : إنى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى ؟ فقال ابن عباس : طلقت منك بثلاث . وسبع وتسعون اتخذت آيات الله هزوا « كما روى عن ابن مسعود أنه قال إن طلق امرأته مائة : « بانت بثلاث وسائر ذلك عدوان » .

وجه الدلالة

هذه الآثار كلها تدل على وقوع الطلاق الثلاث إذا أوقعه المطلق بلفظ واحد ، ومن المستبعد جداً أن يوجد بين الصحابة من لا يعلم أن عدد الطلاق حدده الإسلام بالثلاث حتى يظن أنه يوقع الطلاق على امرأته مرة بعد مرة إلى أن يبلغ ألفاً . بل يفهم ما ورد عن الصحابة من هذا القبيل هو وقوع الثلاث التى يملكها الزوج إذا وقعها بلفظ واحد . وأن هذا بمثابة إجماع من الصحابة على ذلك .

أدلة من قال بوقوع طلقة واحدة فقط :

أما القائلون بأن الطلاق الثلاث بلفظ واحد ، أو بتكرير لفظ أنت طالق ثلاث مرات فى مجلس واحد يقع به طلقة واحدة فقد استدلوا لرأيهم بالآتى :

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » .

وجه الاستدلال :

الآية تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة . وفى أن الطلاق الذى يملك الزوج بعده أن يراجع مطلقته هو طلقتان ، على أن يكون إيقاعها مرة بعد مرة . فإذا ما أوقعهما مرة واحدة بلفظ واحد فلا تقع إلا طلقة واحدة . نظير هذا ماورد من طلب تكرير التكبير وتكرير الشهادة فى الآذان . فإذا قال المؤذن : الله أكبر مرتين ، أو أشهد أن لا إله إلا الله مرتين . لا يحسب من ذلك إلا مرة واحدة ، ولا يعد أنه كبر مرتين أو أشهد مرتين . ومثل هذا أيضاً ما ورد من طلب التسبيح والتحميد ، والتكبير عقب كل صلاة ثلاثا وثلاثين مرة فإن الشخص لا يعد آتياً بالمطلوب إذا قال الحمد لله ثلاثا وثلاثين ، أو الحمد لله ثلاثا وثلاثين بكلمة واحدة .

٢ — ما روى عن ابن عباس أنه قال : طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً . فسأله الرسول صلى الله عليه

وسلم كيف طلقتها ؟ قال ثلاثاً فى مجلس واحد . فقال النبى صلى الله عليه وسلم . إنما تلك واحدة فارتجعها إن شئت قال : فراجعها .

وجه الاستدلال :

الحديث نص فى موضوع النزاع ففيه أفاد الرسول صلوات الله وسلامه عليه أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث لا تثبت به حرمة المراجعة وإن الواقع به هو طلقة واحدة . ولا يحتمل الحديث تأويلا فى هذا الشأن .

٣ - ما رواه أحمد ومسلم عن عبد الله بن عباس قال : « كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة . فقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم .

وجه الدلالة

ووجه الدلالة فيما ذكر أن الناس كانوا يطلقون بلفظ الثلاث ، وكان هذا الطلاق يجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومدة خلافة أبى بكر وجزء من خلافة عمر ثم جعله عمر ثلاثاً ، اجتهاداً منه فى ذلك ؛ لأنه وجد النـاس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعهم له بلفظ الثلاث فرأى من المصلحة أن يلزم بما التزموه عقوبة لهم على مخالفتهم الطلاق المشروع . واستعجالهم فيما جعل الله لهم الأناة فيه رحمة منه وإحسانا ،

مناقشة هذه الأدلة

ناقش جمهور الفقهاء ما استدل به أصحاب الرأى القائل بوقوع طلقة واحدة فى حالة ما إذا طلق الرجل زوجته بلفظ الثلاث أو بتكرار قوله لها : أنت طالق . فقالوا :

١ — إن الاستدلال بقوله تعالى « الطلاق مرتان » دليل على صحة الجمع بين الطلقتين بلفظ واحد إذا حملت كلمة « مرتان » على الإثنتين . كما فى قوله تعالى : « نؤتها أجرها مرتين » أى اثنتين . والقرآن يفسر بعضه بعضا . كما يحتمل أن يكون المراد من الآية طلقتين فى دفعتين ، أو فى دفعة واحدة . ومتى كانت الآية تحتمل هذين المعنيين فلا سبيل إلى القول بتعيين أحدهما دون الآخر . فلا يتم الاستدلال بهذه الآية على المطلوب .

أما حديث طلاق ركانة لزوجته فهو حديث منكر لمخالفته الثقات فلا يصح الاستدلال به وقد روى هذا الحديث بوجه آخر أقوى وأصح وهو ما رواه أبو داود ، والترمذى وابن ماجه : إن ركانة طلق زوجته البته فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أراد إلا واحدة . فردها إليه . فطلقها الثانية فى زمن عمر ، والثالثة فى زمن عثمان » قال أبو داود : حديث حسن صحيح .

أما ما يروى من أن الطلاق بلفظ الثلاث كان طلقة واحدة أيام رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر . ثم جعله عمر بعد ذلك ثلاثا إلخ الرواية . فلا يصح أن يفهم على أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يجعل الطلاق الثلاث بلفظ واحد طلقة واحدة ؛ لأن هذا المعنى يخالف ماثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم من أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع ثلاثا . كما نقل عن ابن عباس المنسوب إليه هذه الرواية أنه كان يفتى من سأله عن حكم الطلاق بلفظ الثلاث : بأنه يقع ثلاثا .

ومن المستبعد أن يفتى ابن عباس على خلاف ما حفظه عن النبى صلى الله عليه وسلم ؛ ولأنه يترتب على هذا الذى ذكر من أن عمر بن الخطاب جعل

الطلاق بلفظ الثلاث الذى كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحكم بوقوعه طلقة واحدة جعله عمر طلاقاً ثلاثاً يترتب على ذلك : أن عمر قد خالف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وخالف إجماع الصحابة أيضاً الذى تقرر فى زمن أبى بكر .وهذا بعيد كل البعد .

ولا يعتذر لعمر بأنه رأى المصلحة فى مخالفة سنة رسول الله وإجماع صحابته حيث وجد الناس قد استهانوا بالطلاق وأكثروا من إيقاعه بلفظ الثلاث فرأى عقابهم بإلزامهم بوقوعه ثلاثاً . لا يقال أن عمر فعل ذلك اجتهاداً منه فالاجتهاد لا يسوغ إذا كان فى موضع الاجتهاد نص قاطع أو إجماع صحيح .

وهذه المسألة كما رواها من استدل ـ تفيد روايتهم أن الرسول كان يجعل الطلاق بلفظ الثلاث طلقة واحدة وأن الصحابة كلهم أجمعوا زمن أبى بكر على جعل هذا الطلاق طلقة واحدة ففى المسألة نص وإجماع حسب الرواية المستدل بها فكيف يخالف عمر نصاً صحيحاً ، وإجماعاً من صحابة رسول الله ـ إن هذا تغيير للمشروع ولا يمكن أن يصدر من صحابى فضلا عن صدوره من عمر بن الخطاب . . . ثم كيف يسكت صحابة رسول الله على فعل عمر المخالف للسنة وللإجماع وهم الذين كانوا لا يسكتون على صغيرة يرونها فضلا عن هذا العمل الخطير .

وللتوفيق بين هذه الرواية - والأحاديث والروايات الأخرى نقول : إن الطلاق الذى كان يوقعه رسول الله صلى الله عليه وسلم طلقة واحدة هو الطلاق الذى يكرر فيه الواحد لا إيقاع الثلاث .

وكان الناس زمن الرسول صلى الله عليه وسلم يصدقون فى نيتهم ذلك التأكيد لسلامة صدورهن وغلبة الصدق عليهم .

فلما رأى عمر أن الأحوال قد تغيرت وأن من الناس من كان يقصد

بهذا التكرار إنشاء الطلاق الثلاث لا تأكيد الطلقة الواحدة منع حمل اللفظ على التأكيد .

عمل المحاكم الآن:

تسير المحاكم المصرية الآن على أن الطلاق بلفظ الثلاث يقع طلقة واحدة وذلك خضوعاً لنص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة » .

أما الطلاق الذى تكرر صيغته ثلاث مرات فى مجلس واحد فلم يشر القانون سالف الذكر إلى حكمه فيبقى حكمه كما هو الرأى الراجح فى مذهب الأحناف إنه يقع به الطلاق الثلاث .

الخلع

المعنى اللغوى :

الخلع معناه فى اللغة النزع والإزالة يقال : خلع فلان ثوبه خلعاً وخلعاً إذا نزعه وأزاله عنه . وخلع فلان زوجته خلعاً ، وخلعها إذا أزال زوجيتها. إلا أن العرف خص استعمال الخلع بضم الخاء فى إزالة الزوجية ، واستعمال الخلع بفتح الخاء فى إزالة غير الزوجية .

المعنى الاصطلاحى :

الخلع فى اصطلاح الفقهاء عرفه الأحناف بأنه : حل رابطة الزوجية بلفظ الخلع أو ما فى معناه فى نظير عوض من الزوجة .

المشروعية ودليلها :

الخلع جائز وذلك فى حالة ما إذا تشاق الزوجان وخافا ألا يقيما حدود الله فلا بأس أن تفتدى المرأة نفسها من زوجها بمال يخلعها به وقيدت الظاهرية مشروعية الخلع بما إذا كرهته وخاف ألا يوفيها حقها أو أن لا توفيه حقه . والدليل على المشروعية الكتاب والسنة .

الكتاب :

أما الكتاب . فقوله تعالى : « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

وجه الاستدلال :

نفى الأثم على الزوجين إذا لجأ إلى فصم عرى الزوجية بطريق الاختلاع فيخلعها الزوج وينزع عنها رابطة الزوجية وقيدها نظير مال تفتدى به نفسها فعلم من ذلك إباحة الخلع وبدله .

السنة :

أما السنة فنها ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : الخلع تطليقة بائنة .

وجه الاستدلال :

أبان الرسول صلى الله عليه وسلم أن الخلع يقع به الطلاق فلو كان غير مشروع لنبه الرسول على ذلك فى حديثه الذى بين فيه أثر الخلع . فسكوت الرسول يعتبر إقراراً وإباحة له .

حكم رسول الله فى خلع امرأة ثابت بن قيس :

كذلك روى عن امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت

يارسول الله : ثابت بن قيس لا أعتب عليه فى دين ، ولا خلق . ولكنى أكره الكفر فى الإسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أتردين عليه حديقته » ؟ قالت : نعم قال صلى الله عليه وسلم : « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » .

رأى آخر :

ونسب إلى المزنى القول بعدم مشروعية الخلع . وقال قوم لا يجوز إلا بإذن السلطان ،

رأى الكمال بن الهمام :

ويرى الكمال ابن الهمام وهو من فقهاء الأحناف أن الخلع مشروع وأن الأعم الغالب أن يكون الداعى إليه شقاق يحدث بين الزوجين يخافا منه الا يقيما حدود الله ،

الفرقة الحاصلة بالخلع :

يرى الأحناف أن الخلع إذا تم وفق شروطه التى ستذكر بعد وقع به طلاق بائن ولزم الزوجة المال الذى اختلعت به .

شروط تحقق الخلع :

لا يتحقق الخلع إلا إذا توافرت فيه الأمور الآتية :

١ — أن تكون الفرقة بلفظ الخلع أو ما يدل على معناه كالافتداء أو الإبراء بأن يقول الرجل لزوجته خالعتك على كذا وتقول : قبلت . أما إذا كانت الفرقة بلفظ غير الخلع أو ما فى معناه بأن كانت بصريح الطلاق أو بكناية من كناياته فلا تسمى الفرقة خلعاً ، ولا يترتب عليها أحكام الخلع ولو كانت فى نظير عوض من الزوجة فهذا يسمى طلاق على مال .

٢ - أن تكون الفرقة فى مقابلة عوض من جهة الزوجة ؛ لأنها هى التى تبغى الخلاص من زوجها فعليها أن تعوض نظير ما تحمله من نفقات فى سبيل الزواج . فإذا كانت الفرقة بلفظ الخلع دون أن يشترط عوض فإنها لا تكون خلعاً عند الحنفية وبهذا قال الشافعية فالخلع عندهما لا بد فيه من العوض . أما المالكية فلا يشترطون العوض بل يشترطون أن تتم الفرقة بلفظ الخلع أو ما فى معناه .

٣ - رضا كل من الزوج والزوجة بالإفتراق وإنهاء عقد الزواج بينهما بهذه الكيفية ، وذلك لأن لكل منهما شأن فى الخلع فبه تسقط الحقوق التى كانت للزوج فلا بد من رضاه . وبه تلزم الزوجة بالعوض المتفق عليه فلا بد من رضاها . فهو كالعقد من هذه الناحية . وليس إسقاطاً محضاً حتى ينفرد به الزوج .

نظرة أبى حنيفة للخلع :

يرى أبو حنيفة أن الخلع فى معنى المبارأة : لأن المبارأة مفاعلة من البراءة والإبراء إسقاط فكان الخلع إسقاطاً من كل واحد من الزوجين للحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين فى الديون إذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا عليه كذا بالمبارأة . والخلع مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع إخراج الشىء من الشىء فمعنى قولنا خلعها أى أخرجها من النكاح وذلك بإخراجها من سائر الأحكام بالنكاح ، وذلك إنما يكون بسقوط الأحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة . والعبرة فى العقود للمعانى لا للألفاظ .

حكم الخلع :

الخلع من قبل الزوج يمين فإن كان بغير بدل بأن قال لزوجته : خالعتك

ونوى الطلاق وقع الطلاق ولا يسقط عنه شيء من المهر . وإن كان ببدل كان الحكم فيه على التفصيل الآتي :

يلزم الزوجة بدل الخلع وتشغل به ذمتها سواء كان هذا البدل هو المهر أم بعضه أم شيئا آخر غير المهر . وذلك لأن الزوج علق طلاق زوجته على قبول البدل وقد رضيت به فيكون لازماً في ذمتها . كذلك يرى أبو حنيفة سقوط كل حق مالي يكون ثابتا وقت الخلع لكل واحد من الزوجين قبل الآخر بمقتضى عقد الزواج . وتعريفا على ذلك يلزم الآتي :

١ – إذا كان الخلع ببدل وكان بدل الخلع هو المهر بأن خلعها على المهر فحكم الخلع أنه يتقرر الآتي :

إذا كان المهر غير مقبوض فإنه يسقط عن الزوج ولا يحق للزوجة مطالبة الزوج بادائه مطلقاً سواء كان كله مؤجلا أو معجلا أو كان بعضه مؤجلا والبعض الآخر كان معجلا . كما تسقط بالخلع النفقة الماضية .

المهر كان عجل للزوجة :

وإذا كان الخلع على المهر وكان الزوج قد عجله كله للزوجة وقبضته فعليها أن ترده على الزوج .

بدل الخلع مال سوى المهر :

وإن كان بدل الخلع مالا آخر سوى المهر فعلى الزوجة أن تسلمه للزوج ويسقط بالخلع كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية .

رأى محمد في الخلع :

يرى محمد أنه لا يسقط بالخلع إلا ما سميا ويوافق أبو يوسف محمداً

إذا كان الخلع بلفظ الخلع أو المخالعة ويوافق أبا حنيفة إذا كان الخلع بلفظ المبارأة —

أثر الخلاف :

لو كان الخلع على مائة درهم وكان مهرها ألف درهم فإن كان المهر غير مقبوض فإنها لا ترجع على الزوج بشيء سواء كان الزوج قد دخل بها أو لم يدخل بها فى قول أبى حنيفة وللزوج عليها مائة درهم عليها أن تدفعها له لأنها بدل الخلع .

وعند أبى يوسف ومحمد إن كان الخلع قبل الدخول بها فلها أن ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصاً فترجع عليه بأربعمائة . وإن كان الخلع بعد الدخول بها فللزوجة أن ترجع بكل مهرها على الزوج عدا قدر المائة فترجع عليه بعد المقاصة بتسعمائة وإذا كان المهر مقبوضاً فإن كان قبل الدخول يرجع عليها بنصف المهر . وإن كان بعد الدخول لا يرجع عليها بشيء .

وجهة نظر محمد فى الخلع :

يرى محمد أن الخلع طلاق بعوض فأشبه الطلاق على مال إذ كل منهما فيه حق للإنسان وحق الإنسان لا يسقط من غير إسقاطه فلا يسقط بالخلع إلا ما اتفق الزوجان على إسقاطه وسمياه . فلا يسقط ما لم تجر به التسمية . ولهذا لم يسقط به سائر الديون التى لم تجب بسبب النكاح . وكذا لا تسقط به نفقة العدة إلا بالتسمية وإن كانت من أحكام النكاح كذا هذا [1] .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٥١

وجهة نظر أبي يوسف :

أما أبو يوسف فهو يرى رأى أبي حنيفة فى أن الخلع يبدل يسقط به ماثبت بالنكاح إذا كان بلفظ المبارأة لأن لفظ المبارأة صريح فى إبراء كل من الزوجين صاحبه فالمرأة قد أبرأت الرجل مما لها من حق . وهو قد أبرأها مما له من حق ثابت ثم هو صدر مطلقاً عن التقييد بشيء فيحمل على الإبراء التام من كل شيء يتعلق بالزواج أما إذا كان الخلع بلفظ الخلع أو المخالعة فليس هذا اللفظ صريحا فى الإبراء عن الحقوق الثابتة لكل من الزوجين قبل الآخر فلا يسقط من هذه الحقوق فى هذه الحالة إلا ما نص عليه صراحة ، ولذلك فأبو يوسف يرى فى الحالة الأخيرة رأى محمد .

٢ — من أحكام الخلع أيضاً أن يقع به طلقة بائنة وتلزم الزوجة بأداء البدل . لأن الخلع يمين من قبل الزوج ومعاوضة من قبل المرأة ـ وعلل الأحناف لوقوع طلقة بائنة بالخلع بقولهم : إن الخلع لفظ يحتمل الطلاق وغيره فإذا قال : خالعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع ـ والواقع بالكنايات بائن . فإذا قيل لو صار الخلع من ألفاظ كنايات الطلاق لكانت النية شرطاً مع أنها ليست بشرط فيجاب عن هذا الاعتراض : بأن ذكر المال أغنى عن النية ههنا . أما أن لفظ الخلع يحتمل الطلاق وغيره فلأن الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح فلما ذكر العوض تعين الانخلاع فلا يحتاج إلى النية . وقال الأحناف : أن المرأة لا تسلم المال بدلا فى الخلع إلا لتسلم لها نفسها وذلك فى الطلاق البائن لا الرجعى .

٣ — إن كان النشوز من قبل الزوج يكره له أخذ العوض لقوله تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً » .

وإن كان النشوز من قبلها كره للزوج أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . وقيل له أن يأخذ ما يزيد على ما دفعه لها من مهر لقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) حيث أطلق ولم يفصل بين ما زاد على ما قدمه لها أو المساوى له .

واستدل من قال بكراهة أخذ الزوج أكثر مما قدمه لزوجته بما روى أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت فى دين ، ولا خلق ولكنى أخشى الكفر فى الإسلام لشـــدة بغضى إياه ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم : « أما الزيادة فلا »(١) .

وروى هذا الحديث بطريق آخر فروى أبو داود فى مراسيله وابن أبى شيبة وعبد الرازق كلهم عن عطاء وأقرب الأسانيد سند عبد الرازق قال : أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال : جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها فقال : « أتردين عليه حديقته التى أصدقك » قالت نعم وزيادة قال : « أما الزيادة فلا » . وأخرجه الدارقطنى كذلك .

وفى رواية أخرى أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده زينب بنت عبد الله بن أبى وكان أصدقها حديقة فكرهته فقال النبى صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته التى أعطاك قالت نعم وزيادة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أما الزيادة فلا ولكن حديقته ، قالت نعم فأخذها وخلى سبيلها اهـ . سمعه أبو الزبير من غير واحد .

كذلك أخرج عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يأخذ

(١) لا أعتب : العتب المؤاخذة والغضب من باب ضرب ومنه هذا الحديث وقد تقدم رواية هذا الحديث دون ذكر الزيادة .

الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاها ، كذلك ورد عن كثير من صحابة رسول الله القول بأن الرجل لا يأخذ من زوجته بدلا لخلعها أكثر مما أعطاها.

إذا بطل العوض فى الخلع

ولو خالع الزوج المسلم زوجته على خمر أو خنزير فلا شىء للزوج والفرقة بائنة .

لو غررت بالزوج لزمها رد المهر

لو قالت الزوجة لزوجها : خالعنى على ما فى يدى من مال فخالعها وظهر أنه لم يكن فى يدها شىء ردت إليه مهرها ؛ لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بعوض .

متى تلزم الزوجة ببدل الخلع

الخلع بالنسبة للزوجة المختلعة معاوضة لها شبه بالتبرع فتلزم بالبدل متى كانت أهلا للتبرع متى قبلت الخلع فى نظير مال تدفعه لزوجها وأهلية التبرع هى (العقل والبلوغ غير محجور عليها للسفه أو الغفلة) . وتفريعاً على ما تقدم قال فقهاء الأحناف : إذا خالع الزوج زوجته وهى صغيرة أو فى حكم الصغيرة على مبلغ من المال وقبلت ذلك فلا عبرة لقبولها ، لأن عبارتها ملغاة لا يعتد بها فلا يتم الخلع . ولو خالعها على مال وهى محجور عليها للسفه ، وللغفلة وقبلت . وقع طلاق بائن أيضاً ولا تلزم بالبدل . وذلك لأن الخلع فى معنى تعليق الطلاق على قبولها وقد وجد المعلق عليه وهو القبول ممن هى أهل له حيث أن الزوجة بالغة عاقلة فيقع الطلاق . وعدم إلزامها ببدل الخلع لكونها ليست أهلا للتبرع ؛ لأن بدل الخلع بالنسبة للزوجة يعتبر معاوضة

لما شبه بالتبرع وهى محجور عليها للسفه أو للغفلة فكانت غير أهل للتبرع فى هذه الحالة.

رأى آخر

وفى المذهب رأى أن الطلاق فى الحالة السابقة لا يقع لأن الخلع تعليق للطلاق على قبول الزوجة المقترن بالمال وهو بدل الخلع فهو ليس تعليقاً على مجرد قبول الزوجة فقط بل هو تعليق على قبول يجب به بدل الخلع وقبولها ليس بهذه المثابة فلم يوجد الشيء الذى علق عليه الطلاق فلا يقع الطلاق المعلق لعدم تحقق الشرط الذى علق عليه وقوعه . لكن الفتوى على الرأى الأول وهو وقوع الطلاق بدون عوض .

ما عليه عمل المحاكم الآن

تسير المحاكم المصرية الآن بأنه لو خالع الزوج زوجته المحجور عليها للسفه أو الغفلة نظير بدل معلوم تدفعه الزوجة لزوجها فى مقابل الخلع فإن الطلاق الواقع فى هذه الحالة هو طلاق رجعى .

إذا تولى الخلع ولى الصغيرة أو السفيهة

إذا تولى الخلع عن الصغيرة أو السفيهة أبوها والتزم دفع البدل من ماله بحيث لا يرجع به عليها صح الخلع ووقع الطلاق ولزم الأب المال . وإذا لم يلتزم الأب بدفع المال من ماله بل أضافه فى القبول إلى ابنته فإن المال لا يلزمها ؛ لأن بدل الخلع فيه معنى التبرع ، ولا يملك أحد أن يتبرع من مال غيره ولو كان ولياً عليه . وبالنسبة لوقوع الطلاق فى هذه الحالة ـ فى المذهب روايتان إحداهما أن الطلاق يقع لأن الطلاق معلق على قبول الأب وقد وجد الشرط فيقع الطلاق . والرواية الأخرى تقول بعدم وقوع الطلاق فى هذه الحالة . والرأي الأول هو الصحيح .

مخالعة الزوجة المريضة مرض الموت

ولو خالع الزوج زوجته المريضة مرض الموت وقبلت الخلع صح الخلع فى هذه الحالة أيضاً ولزمها المال إذا كان لا يزيد عن ثلث ما تملكه ، ولا عن نصيب الزوج فى الميراث . فلو ماتت هذه الزوجة قبل انقضاء العدة استحق الزوج الأقل من بدل الخلع وثلث التركة وميراثه منها لو كان ممن يرثها ؛ لأن بدل الخلع كما قلنا فيه معنى التبرع ، وتبرعات المريض مرض الموت تأخذ حكم الوصية لتعلق حق الورثة ، والدائنين بالتركة من وقت حلول المرض الذى كان سبب الوفاة ، وللتهمة فى أن يكون المقصود بالخلع مقابل بدل هو محاباة الزوج بأن تجعل له مقابل من المال بالخلع يزيد عما يستحقه بالميراث ومحاباة المريض لأحد ورثته لا تجوز لأنها فى معنى الوصية ، والوصية لوارث لا تجوز.

أما إذا ماتت الزوجة المختلعة بعد انقضاء عدتها من الطلاق الحاصل بالخلع فإن الزوج يستحق الأقل من بدل الخلع ومن ثلث التركة لأن الخلع كما قلنا فيه معنى التبرع ، والتبرع فى مرض الموت وصية ، والوصية لا تجوز بأكثر من ثلث التركة إلا إذا أجازها الورثة ـ وبغض النظر عن نصيب الزوج فى الميراث لأنه اصبح غير وارث .

ما عليه العمل فى المحاكم الآن :

سوى قانون الوصيه رقم ١٩٤٦ المختلعة التى تم الخلع أثناء مرضها مرض الموت بين موتها قبل انقضاء العدة وبين موتها بعد انقضاء عدتها فجعل للزوج الحق فى الأقل من بدل الخلع وثلث التركة دون النظر إلى نصيبه فى الميراث لأن القانون المذكور أجاز الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة كما تجوز للأجنبى . وكان النظر إلى نصيبه فى الميراث بأن يأخذ أقل منه وذلك خوفا من محاباة الزوج باعتباره وارثا . ولكن قانون الوصية ١٩٤٦ أباح محاباة الوارث فى حدود ثلث التركة .

الخلع على مال والطلاق على مال

اتفاقهما واختلافهما

نواحى الاتفاق : يتفق الخلع والطلاق على مال فى الآتى .

١ — الفرقه بكل من الخلع والطلاق على مال هى من قبيل الطلاق البائن.

٢ — لابد من رضا الزوجة فى كل من الخلع والطلاق على مال لأنه من جهتها معاوضه والمعاوضة تلزم من قبلها بأداء العوض فكان لابد من القبول بأداء بدل الخلع وأداء المـال المقابل للطلاق .

نواحى الاختلاف :

ويختلف الخلع عن الطلاق على مال فى الآتى :

١ — إذا بطل البدل فى الخلع بأن كان المسمى ليس بمال كخمر وخنزير بالنسبة للزوج المسلم وقع الطلاق بائنا ـ وإذا بطل البدل فى الطلاق على مال وقع الطلاق رجعيا . وعلل الأحناف لذلك بقولهم إن الخلع كناية فى الطلاق ، والـكناية يقع بها الطلاق بائنا . أما لفظ الطلاق فهو من قبيل الصريح والصريح يقع به الطلاق رجعيا . . .

٢ — الخلع يسقط به كل الحقوق الثابتة لـكل من الزوجين على الآخر المترتبة على عقد الزواج الذى حصل الخلع منه على رأى أبى حنيفة كما سبق بيانه . أما الطلاق على مال فلا يسقط شيئا من هذه الحقوق بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، لأن لفظ الطلاق لا ينبيء عن البراءة من هذه الحقوق فلا يثبت به إلا ما اتفق الزوجان على وقوع الطلاق فى مقابلته .

ما يصح أن يكون بدلا فى الخلع :

كل ما جاز أن يكون مهراً جاز أن يكون بدلا فى الخلع . ولهذا يصح أن يكون بدل الخلع عشرة دراهم فأكثر . وليس كل ما يجوز أن يكون بدل خلع يجوز أن يكون مهراً لأن بدل الخلع يجوز أن يكون أقل من عشرة دراهم ولا يصح أن يكون ذلك مهرا . . . ويصح أن يكون بدل الخلع معجلا ، أو مؤجلا كلا ، أو بعضا كما يصح أن يكون مقسطا على أقساط فى مواعيد معينة معلومة للطرفين وباتفاقهما ورضاهما . ولا يشترط فى بدل الخلع أن يكون نقوداً بل يصح أن يكون مالا متقوما ، من أى نوع من أنواع المال . وكذلك يجوز أن يكون منفعة تقابل بالمال كسكن الدار ، وزراعة الأرض زمنا معلوما ، وكإرضاع الولد وحضانته . أو الاتفاق عليه .

الخلع على مقابل إرضاع الزوجة ولدها :

لو خالعت الزوجة زوجها فى مقابل أن ترضع ولدها منه بدون أجر مدة الرضاع الواجب شرعا كان عليها أن تفى بالتزامها وترضع ولدها . فلو مات الولد قبل تمام مدة الرضاع ، أو ماتت هى قبل تمام المدة المتفق عليها كان للزوج أن يرجع على الزوجة أو ورثتها بما يعادل أجر رضاع الولد عن المدة الباقية إلا إذا اشترطت الزوجة وقت الخلع عدم رجوع الزوج عليها بشىء إذا مات الولد أو امتنع عن الرضاعة لأى سبب أو ماتت هى فليس للرجل أن يرجع عليها بشىء .

وكذلك الحكم فيما لو خالعت المرأة زوجها على أن تقوم بحضانة ابنه منها مجانا حيث تلزم بحضانته بلا أجر ويرجع عليها الزوج بقيمة أجر حضانتها للولد لو تركت حضانته وهربت أو لو مات الولد قبل انتهاء مدة الحضانة وذلك عن المدة التى بقيت لانتهاء الحضانة .

ولو خالعها زوجها على أن تنفق على ولدها لمدة معينة لزمها ذلك . فإن أعسرت ولم تقدر على الإنفاق على الولد فلها مطالبته بالنفقة ، ويجبر عليها وما شرط حق عليها [1] .

ولو خالعها على إسقاط السكنى عنه فى مدة العدة صح الخلع ولا تسقط السكنى عنه ؛ لأن سكن المطلقة مدة العدة فى منزل الزوجية واجب يلزم به المطلق حقا للشرع فلا تملك الزوجة إسقاطه عنه إلا إذا كان بين الزوجية ملكا للزوجة، أو كانت هى الملتزمة بسكناه ودفع أجرته من مالها فإنه يصح أن تعفى الزوج من هذه الأجرة ؛ لأن حق الشرع لا يفوت بذلك .

التطليق بسبب العيب

مقدمة

العيوب إما عيوب تناسلية خاصة بالرجال ، وهى : الجب ، والعنة [2] والخصاء .

وإما عيوب تناسلية خاصة بالنساء كالرتق ، والقرن، والعفل .

وإما عيوب مشتركة بين الرجال والنساء كالجنون ، والجذام ، والبرص

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٠٨ .

(٢) (العنة) . بضم العين وتشديد النون المفتوحة : عجز الرجل عن الوصول إلى النساء ويسمى الرجل عنينا . . . (والجب) بفتح الجيم هو استئصال عضو التناسل ويسمى الرجل مجبوبا — (والخصاء) هو سل الخصيتين — بضم الخاء — ونزعهما ويقال للرجل مخصى (والرتق) وبفتحات هو انسداد المحل . والقرن هو غدة فى المحل تمنع الاختلاط الجنسى ، ويقال للمرأة رتقاء وقرناء . (والعفل) قيل هو رغوة بالفرج ويقال المرأة عفلاء .

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب التناسلية كالعنة ، والجب ، والخصاء فلها خيار الفسخ وذلك بأن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها حتى إذا ثبت ما ادعته من وجود عيب من هذه العيوب بزوجها بأى طريق من طرق الإثبات حكم لها القاضى بالتفريق بينهما بناء على طلبها ، لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب دائمة ، ولا يمكن تلافى الضرر الناشىء عنها إلا بالفرقة بين الزوجين ، والزوجة ليس بيدها الطلاق حتى تستطيع أن تدفع عن نفسها الضرر بأن تطلق نفسها منه .

الفرقة طلاق بائن

ويرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضى بين الزوجين فى هذه الحالة طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج . وعلل الأحناف لرأيهم بقولهم : لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة .

رأى الشافعية والحنابلة

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة فى هذه الحالة هى فسخ للعقد لا يترتب عليها نقص عدد الطلاق ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها .

عيوب الزوجة لا توجب الفسخ

قال فقهاء الحنفية : إن الزوج إذا وجد زوجته معيبة بأى عيب تناسلى ، أو غير تناسلى فليس له خيار الفسخ بمعنى أنه ليس له الحق فى أن يطلب من القاضى التفريق بينه وبين زوجته إذا طلب ذلك . لأن الزوج إذا ما تضرر من عيب بزوجته فله أن يتخلص منها ، وأن ينهى الزوجية بالطلاق فالطلاق بيده ليستعمله وقت الضرورة .

رأى جمهور الفقهاء

وذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى أن الزوج له خيار الفسخ إذا ماوجد زوجته معيبة بأحد العيوب الآتية وهى : الرتق ، والقرن ، والجنون ، والجذام ، والبرص . لأن هـــذه العيوب تمنع المباشرة الجنسية إما حساً ، وإما طبعا .

الجذام والبرص

إذا وجدت الزوجة بزوجها عيباً ليس من العيوب التناسلية السابق بيانها (العنة ، والجب ، والخصاء) بأن وجدت به جذاما أو برصا . فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لاحق للزوجة فى طلب التطليق عليه لأن هذه العيوب غير تناسلية فهى غير مانعة من حصول مقاصد الزواج فى الجملة فلاتتنافى مع مقاصد النكاح . أما العيوب التناسلية فهى عيوب تتنافى ومقاصد النكاح .

رأى محمد

ويرى الإمام محمد ثبوت حق الزوجة فى التطليق على الزوج إذا وجدت به عيبا كالجذام ، والبرص دفعا للضرر عنها .

شروط التفريق بعيوب الزوج التناسلية

الجب

إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب التفريق بينها وبينه فإذا ثبت ذلك عند القاضى بأى طريق من طرق الإثبات أمر الزوج بتطليقها فى الحال . فإن لم يطلقها ناب عنه القاضى فى تطليقها منه . منعا للضرر الذى يلحقها وذلك بالشروط الآتية .

١ - أن تكون الزوجة بالغة . فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضي بينهما ، لاحتمال أن تسقط حقها في البلوغ وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته ؛ أو لمعان أخرى تراها .

٢ - ألا تكون الزوجة عالمة بحال الزوج قبل الزواج . فلو تزوجته وهي تعلم بحاله كانت راضية بالبقاء معه فلا يكون لها حق طلب التفريق .

٣ - ألا يوجد منها مايفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج والعلم بحاله .

٤ - ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة . فإذا كان بها شيء من ذلك فلا يكون لها حق المطالبة بالتفريق لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضا ، فلا يكون الرجل ظالما بعدم تطليقها حينئذ .

العنة

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها عنينا (بأن كان غير قادر على مخالطة النساء لمانع عنده كضعف في أصل الخلقة ، أو بسبب عارض مثل كبر السن ،كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق بينها وبين زوجها فإذا ثبت ذلك عند القاضي باعتراف الزوج مثلا فلا يفرق بينهما في الحال بل يمهل الزوج سنة عساه أن تعتدل طبيعته خلالها لاشتمالها على الفصول الأربعة فيستطيع مخالطة زوجته فإن لم يستطع ذلك وطلبت الزوجة من القاضي التفريق ، فإنه يفرق بينهما دفعا للضرر عن المرأة وذلك إذا رفض الزوج أن يطلقها بنفسه .

وهذا التفريق مشروط أيضاً بالشروط التي قدمناها في المجبوب ويزاد

عليها أن يكون العنين بالغاً . فإن كان صبياً فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ فقد يكون للصغر أثر فى العنة . فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها فإنه يؤجل سنة من ذلك الوقت . وهذا بخلاف المجبوب فإنه لا ينتظر بلوغه ، ولا يؤجل لعدم الفائدة من ذلك . ولا يعتبر الأجل إلا من وقت تأجيل القاضى فلا عبرة بتأجيل غيره كائناً من كان .

فلو أن الزوجة أمهلت زوجها سنة على سبيل الإعذار ثم رفعت أمرها إلى القاضى طالبة التطليق على زوجها للعنة فإن القاضى يؤجل الزوج سنة أخرى تبتدىء من وقت الخصومة ، إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً ، أو فى حالة الإحرام فإن إبتداء الأجل يكون من وقت البلوغ أو الشفاء من المرض أو الإنتهاء من الإحرام . فإن عرض أثناء السنة عارض يمنع الاتصال بين الزوجين مدة وكان بسبب من جهتها كرضها ، أو حجها ، أو غيبتها لشأن من شئونها فلا تحسب تلك المدة من السنة . وكذلك إذا كان العذر من جهته كرضه وسجنه . أما إذا غاب باختياره لشأن من شئونه أو للحج فلا يعتبر عذرا وتحسب مدة الغياب من السنة .

الخصـــاء :

قال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها خصياً ، ولم يستطع مخالطتها ، ورفعت الأمر إلى القاضى ، وثبت ذلك باعتراف الزوج فإنه يؤجل سنة فإن مضت سنة ، ولم يستطع المخالطة . أمره القاضى أن يطلقها فإن لم يفعل طلقها القاضى عليه نيابة عنه مع مراعاة الشروط المذكورة فى العنين .

اختلاف الزوجين فى حدوث العيب :

ولو اختلف الزوجان فى حدوث العيب . فالزوج ينكر العنة ويدعى

أنه وصل إلى زوجته وجامعها . والخصى يدعى أنه جامعها فلا يخلو الحال من الآتى :

أما أن تكون الزوجة وقت العقد عليها بكراً أو ثيباً وحكم كل حالة فيما يلى :

إذا كانت الزوجة ثيباً :

فإذا كانت الزوجة وقت الزواج والعقد عليها ثيبا فالقول قول الزوج مع يمينه فى هذه الحالة ؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وإن كان مدعياً للوصول صورة . والأصل هو السلامة فى الجبلية ، وكان الظاهر شاهدا له ، والقول قول من يشهد له الظاهر . ثم إن حلف بالله قد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، لأنه كالمقر بعدم الوصول إليها .

إذا كانت الزوجة بكراً :

وإذا كانت الزوجة وقت النكاح بكراً فلا يستحلف الزوج بل تراها النساء فإن قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه .

طرق إثبات البكارة :

قال صاحب فتح القدير : الأولى أن ينظر إليها امرأتان أو أكثر فإن رأتها واحدة متصفة بالعدالة [1] يكفى (نص على العدالة فى كافى الحكم) والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج، فإن دخلت من غير عنف فهى ثيب ، وإلا فبكر أو تكسر وتسكب

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٥ .

فى فرجها فإن دخلت فثيب ، وإلا فبكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر ، وإلا فثيب . وإذا كانت الزوجة وقت النكاح بكراً ورآها النساء وقلن إنها ثيب فتثبت الثيوبة ، ولا يثبت وصوله إليها ؛ لأن البكارة قد تزول بغيره ، كوثبة ، ونحوها . غير أن القول قوله لو قالت . زالت البكارة بإصبعه ونحوه . فيحلف أنه وصل إليها فإن حلف تقرر النكاح ، وإن نكل أجل سنة ، ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها .

اختلفا بعد مضى السنة

ولو اختلف الزوجان بعد انتهاء الأجل وهو السنة فى وصوله إليها فى السنة . فادعاه هو وأنكرته هى . فالأمر يفصل فيه كما لو اختلفا قبل التأجيل: إذا كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن قلت هى بكر ، خيرت للحال بين الإقامة أو الفرقة . وإن قلن هى ثيب حلف . فإن نكل خيرت وإن حلف استقر النكاح .

أما الثيب وقت النكاح فالقول للزوج فإن حلف استقر النكاح ، ولو نكل أجل سنة وتخير .

الخنثى

والخنثى إذا كان يبول من مثال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز فإن وصل إليها ، وإلا أجل كالعنين .

الأجل السنة القمرية

اختلف الفقهاء فى المعتبر فى الأجل هل يكون الأجل سنة بالشهور القمرية أم الشمسية . فصاحب الهداية يرى أن الصحيح هو اعتبار الأجل سنة قمرية . بينما يرى شمس الدين السرخسى ، وقاضيخان ، وظهير الدين

اعتبار السنة سنة شمسية ، لأن السنة ما ضربت إلا للتوصل إلى صلاح الطبع، ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه من زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها .

ويرى أصحاب الرأى القائل بأن الأجل يعتبر بالشهور القمرية لأن أهل الشهر يتعارفون بالأشهر والسنين بالأهلة فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه .

مبطلات الخيار

إعراض الزوجة عن طلب الفرقة بعد الإمهال للزوج المدة المقررة بمعرفة القاضى وبعد تخيير القاضى لها بين الفرقة أو البقاء مع الزوج هو الذى يبطل حقها فى الخيار . وإعراض الزوجة عن الفرقة بين تخيير القاضى لها فيها أو البقاء مع زوجها يكون إما تصريحاً بأن تصرح أنها تريد البقاء مع زوجها بعد أن ثبت مرضه من عنة ، أو جب ، أو خصاء . أو لا تبدى جواباً بل تقوم وتترك مجلس القضاء ، أو تسكت حتى يقوم القاضى ويترك مجلس القضاء وقبل أن تختار شيئاً . فكل ذلك يبطل خيارها ، ويكون منها رضا بالبقاء مع الزوج.

العيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بسببها

والعيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بسببها قسمان :

١ — عيوب فى الزوج غير ما تقدم . وهى مرض البرص ، والجذام ، والجنون .

والأحناف لا يجيزون التطليق بسببها ، ولم يخرج على هذا الرأى من الأحناف سوى الإمام محمد رضى الله عنه فإنه قال كما قال جمهور الفقهاء بجواز التطليق بسبب هذه العيوب .

٢ — عيوب الزوجة . كالبرص ، والجذام ، والجنون ، والرتق ، والقرن ويرى الأحناف أنه لا خيار للزوج بسبب عيوب الزوجة لأنها عيوب غير مانعة من حصول المقصود من الزواج وهى عيوب قد يفيد فى شفائها العلاج فيزول المانع . والزوج يستطيع التخلص من الزوجة بالطلاق فلا حاجة إلى إعطائه حق الخيار بسبب مرض زوجته .

ما عليه العمل فى المحاكم :

تسير المحاكم المصرية الآن فى مسائل التفريق بين الزوجين للعيب بجواز أن يطلق القاضى المرأة على زوجها إذا طلبت ذلك لوجود عيب بالزوج لا يمكن البراء منه أو يمكن بعد زمن طويل ويمنع الزوجة من العيش مع زوجها إلا بإلحاق الضرر بها . فلها أن تطلب الطلاق للجب ، والعنة ، والخصاء ، والجنون ، والجذام ، والبرص وما أشبه هذه العيوب وذلك حسب ما نص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مواده التاسعة والعاشرة ، والحادية عشرة ، ونصها فيما يلى :

« المادة التاسعة للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص . سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » .

« المادة العاشرة : الفرقة بالعيب طلاق بائن » .

« المادة الحادية عشر : يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها » .

فالمواد سالفة الذكر قد أباحت للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها المعيب بأى عيب منفر أو ضار إذا كان لا يشفى ، أو كان الشفاء يحتاج إلى زمن طويل وضرب القانون أمثلة لهذه العيوب .

كما اعتبر القانون الفرقة بسبب العيب طلاقاً بائناً سواء كانت قبل الدخول أم بعده وهو رأى المالكية والأحناف . . . ووضع القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ فى المواد سالفة الذكر شروطاً لجواز التفريق بالعيب هى :

١ — أن يكون العيب مستحكما لا يرجى الشفاء منه أو يمكن الشفاء منه ولكن بعد زمن طويل ، فلو كان العيب قريب الزوال فلا يجوز التفريق .

٢ — ألا يمكن الزوجة المعيشة مع زوجها المعيب مع وجود العيب إلا بضرر يلحق الزوجة ، وقد ذكر القانون أنواعاً من العيوب إذا لحقت الزوج لا يمكن لزوجته أن تعاشره إلا مع الضرر الكبير الذى يصيبها وذلك كالجنون ، والبرص ، والجذام وماماثل هذه الأمراض إذا لحقت بالزوج يجوز للزوجة أن تطلب التطليق على زوجها بسببها .

٣ — ألا تعلم المرأة بالعيب عند عقد الزواج عليها ، فلو كان العيب موجوداً وقت العقد ، وعلمت به المرأة فلا يكون لها حق طلب التفريق بسببه ، وكذلك لو حدث العيب بعد العقد ورضيت به الزوجة صراحة ، أو دلالة بعد علمها به .

لا فسخ للعقد بسبب عيوب الزوجة :

سكت القانون عن حق الزوج فى طلب فسخ العقد بسبب عيب تصاب به الزوجة . ومفاد ذلك أن القانون سار على مذهب أبي حنيفة فى هذا الشأن ولم يأخذ برأي الأئمة الثلاثة فلو أن الرجل وجد زوجته معيبة بعيب يمنع

من معاشرتها أو يلحق الضرر به كما إذا كانت مصابة بمرض الزهرى مثلا ، أو كانت سيئة العشرة لا يجوز له أن يلجأ للقضاء ليفرق بينه وبينها كما يثبت لها هذا الحق لو كان الزوج مصاباً بمثل هذه الأمراض ، والأحناف يرون أن للزوج القدرة على الخلاص من الزوجة التى لا يستطيع أن يعاشرها إلا بضرر يلحقه وذلك عن طريق الطلاق الذى جعله الشارع بيده فلا حاجة به إلى أن يلجأ للقضاء للتفريق بينه وبين زوجته ؛ لأن الالتجاء للقضاء إنما هو عند العجز عن حل الأمر بغير طريق القضاء .

القانون خاص بالتفريق بالعيوب الجسمية:

يتضح من المادة التاسعة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أن العيوب التى من أجلها يجوز للمرأة أن تطلب التطليق على الزوج هى عيوب غير تناسلية .

أما العيوب التناسلية فقد سكت عنها القانون فى مواده الثلاثة . وهذا يعنى أن العمل فيها باق كما هو على مذهب الحنفية .

ومذهب الحنفية كما شرحناه بالنسبة للعيوب التناسلية . الجب ، والعنة ، والخصاء يشترط لجواز التطليق بسببها ألا يكون الزوج قد اتصل بالزوجة اتصالا جنسياً بعد العقد . فإن كان قد اتصل بها ولو مرة واحدة ثم عجز عن قربانها لعيب من هذه العيوب فلا يكون لها حق طلب التفريق ؛ لأن الزوج لا يجب عليه قضاء ـ عند الحنفية ـ الاتصال بزوجته جنسياً إلا مرة واحدة وما زاد على ذلك لا يؤمر به قضاء بل ديانة .

وقول الحنفية فى هذه المسألة لا يتفق ومقصد الشارع من الزواج « فمقصد الشارع من الزواج التناسل ، وصيانة الأعراض ، وإعفاف الزوجين ، وسد باب الشر ، والفساد . والواجب تعديل التشريع فى هذا الموضوع بما يعطي

للمرأة حق طلب التطليق على زوجها لعيب تناسلى أصابه سواء كان مصاباً به قبل عقد الزواج ، أو طرأ بعد زواجه بها .

التفريق للضرر وسوء العشرة

الضرر الذى من أجله أباح المالكية ومن معهم للزوجة أن تطلب من القاضى التفريق بسببه بينها وبين زوجها هو الإضرار بالزوجة بالقول أو بالفعل كأن يضربها ضرباً مبرحاً ، أو يشتمها شتما مقذعا ، أو يحملها على فعل ما حرم الله ، أو يهجرها فى الفراش ، أو يعرض عنها من غير سبب يبيحه ، وما أشبه ذلك من ضروب الإيذاء الذى لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما .

رأى الأحناف :

الأحناف لا يرون جواز التفريق للضرر وسوء العشرة فإن هناك طريقاً آخر لإزالة الضرر عن الزوجة غير طريق التطليق والتفريق بينهما . فدفع الضرر عن الزوجة يمكن بطريق تظلم الزوجة للقاضى فيأمره بحسن معاشرتها وعدم إيذائها فإن لم يمتثل أدبه بما يراه كفيلا بحمايتها ولو بالحيلولة بينه وبينها حتى يرجع عن ظلمه .

رأى الشافعية والحنابلة :

ويرى الشافعية رأى الأحناف ـ ونقل عن الحنابلة رواية تفيد عدم جواز التطليق على الزوج بسبب الضرر . وعلى القاضى محاولة الإصلاح بين الزوجين ما أمكن ـ وفى المذهب رواية أخرى تجيز للحكمين أن يفعلا ما يريان من جمع ، وتفريق بعوض ، وغير عوض دون حاجة إلى توكيل من الزوجين ، ولا رضاهما . فهما حاكمان واستدل لهذا الرأى بقوله تعالى : « فابعثوا حكما

من أهله ، وحكما من أهلها » . أما الظاهرية — فيقولون إن العدل بين الزوجات فرض . وإن الزوج إذا عصته زوجته حل هجرانها حتى تطيعه ، وضربها بما لا يؤلم ، ولا يجرح ، ولا يكسر ، ولا يعفن . فإذا ضربها بغير ذنب اقيدت منه .

المذهب المالكى :

أباح المالكية للزوجة أن تطلب إلى القاضى تطليقها على زوجها الذى يضارها ويسىء معاملتها ، وتخشى على نفسها المقام معه قال صاحب تبصرة الحكام : إذا فعل الزوج بزوجته ما يوجب القصاص لها منه ، وكان شريراً يخاف عليها منه إذا اقتضت منه فإنها تطلق عليه (١) .

وقال صاحب التبصرة أيضاً : وإذا تكررت شكوى المرأة ، وذكرت إضرار زوجها بها ، ورفعت ذلك إلى الحاكم ، وعجزت عن إثبات ما تدعيه فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين . ويكلفهم تفقد خبرها . واستعلام ضررها (٢) .

أنواع الضرر :

فى مواهب الجليل : ولها التطليق للضرر ولو لم تشهد البينة بتكراره مثل قول ابن فرحون (٢) فى شرح ابن الحاجب : من الضرر قطع كلامه عنها ، وتحويل وجهه فى الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها وضربها ضرباً

---

(١) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكى المدنى على هامش فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب مالك للشيخ عليش ج ٢ ص ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧ .

مؤلماً ، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزهة ، وتأديبها على ترك الصلاة ، ولا فعل التسرى.

ما عليه عمل المحاكم الآن :

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ برأى المالكية فى التطليق للضرر وفسر الضرر بأنه هو إيذاء الزوج زوجته بالقول ، أو بالفعل ، كالشتم والتقبيح ، والتهجين ، والضرب وغير ذلك من ضروب الإيذاء . كالإعراض عن الزوجة وهجرها من غير سبب يبيحه . وهذه أشياء غير الضرر المقصود فى مسألة التطليق للإعسار بالنفقة . والغيبة والحبس .

الطلاق بائن

وتطليق القاضى على الزوج الذى ثبت مضارته لزوجته يقع بائناً .

تنظيم القانون لطريقة التطليق :

إذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى مدعية أن زوجها يضارها وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك . فإن القاضى يجيبها إلى طلبها إذا ثبتت صحة دعواها غير أنه يجب عليه قبل ذلك أن يعمل على الإصلاح بينها وبين زوجها فإن لم يستطع ذلك لم يكن إلا التفريق .

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات مضارة الزوج لها رفض القاضى دعواها . فإذا تكررت منها الشكوى مع عجزها عن الإثبات ، كان على القاضى أن يحكم بينها وبين زوجها رجلين من أهلها أو من غيرهم يختارهما أهلا للإصلاح بين الزوجين ، وإزالة أسباب النزاع بينهما . ثم يقضى حسب تقرير الحكمين.

والمواد التى نظمت التطليق للضرر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

هى المواد : السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة . ونصها فيما يلى :

م ٦ — إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكمين ، وقضى على الوجه المبين فى المواد ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ٢١ .

م ٧ — يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على الإصلاح بينهما.

م ٨ — على الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلا جهدهما فى الإصلاح فإن أمكن على طريقة معينة قرارها .

م ٩ — إذا عجز الحكمان عن الإصلاح وكانت الإساءة من الزوج ، أو منهما ، أو جهل الحال قررا التفريق بطلقة بائنة .

م ١٠ — إذا اختلف الحكمان أمرهما القاضى بمعاودة البحث فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

م ١١ — على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى ما يقررانه ، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه .

مذهب مالك فى حالة إساءة الزوجة :

ومن استعراضنا لنصوص المواد سالفة الذكر نجد أنها لم تشر إلى حالة ما إذا ثبت للحكمين أن الإساءة من الزوجة . ومعنى هذا الرجوع فى هذه المسألة إلى المذهب الحنفى . فهو لا يرى التطليق للضرر سواء كانت المضارة

من الزوج أو من الزوجة أو من كليهما . . . ومع أن القانون وقد أخذ بمذهب مالك فى إجازة التطليق للضرر كان عليه أن يأخذ بكل ما ورد فى مذهب مالك فى هذا الموضوع . ونصوص المذهب فى حالة ما إذا ثبت للحكمين أن الإساءة من الزوجة كان لهما أن يبقيا على الحياة الزوجية ويأتمنا الزوج عليها ويأمراه بالصبر وحسن المعاشرة إن رأيا فى ذلك صلاحاً ، أو يخلعاها منه نظير مال يلزمانها به إن علما أنها لا تستقيم معه أو أحب الزوج الفراق .

ولم يحدد المذهب قيمة المال الذى تلزم به الزوجة بل أجاز أن يكون أكثر من الصداق الذى دفعه الزوج لها . . . لكن القانون لم يأخذ بالمذهب المالكى فى هذه الناحية وشرحت المذكرة الإيضاحية له أسباب عدول المشرع عن الأخذ برأى المالكية فى هذا الموضوع . ولكنه شرح غير مقنع .

التفريق للغيبة

رأى الأحناف والشافعية :

يرى الأحناف والشافعية أن غيبة الزوج عن زوجته مدة لا تكون سبباً للتفريق بينهما ولو تضررت الزوجة بغيبته ، وخشيت على نفسها الفتنة لانعدام ما يصلح أن يبنى عليه التفريق بينهما .

رأى المالكية :

أجاز المالكية التفريق بين الزوج وزوجته للغيبة إذا طالت وتضررت بها الزوجة ، ولو ترك لها مالا تنفق منه على نفسها مدة غيبته ؛ لأن إقامة الزوجة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة ، والشرف أمر

لا تحتمله الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب ، وهو ضرر بالغ يجب رفعه وذلك بالتفريق بين الغائب وزوجته إن أبى أن يحضر إليها ، أو ينقلها إلى البلد الذى يقيم فيه .

وأجاز المالكية التفريق للغيبة مطلقاً ولم يفرقوا فى الحكم بين الغيبة التى تكون لعذر كطلب العلم أو للتجارة . والتى لا تكون لعذر . وجعلوا حد الغيبة الطويلة سنة وذلك على القول المعتمد عندهم [١] .

رأى الحنابلة :

يرى الحنابله رأى المالكية من جواز التطليق لغيبة الزوج عن زوجته غيبة طويلة إذا تضررت الزوجة من غيبته إذا كانت الغيبة بدون عذر فإن كانت لعذر فلا يجوز التفريق بسببها . وجعلوا حد الغيبة الطويلة ستة أشهر أخذا من عمل عمر رضى الله تعالى عنه فقد روى أنه سأل ابنته السيدة / حفصة أم المؤمنين رضى الله تعالى عنها عن المدة التى يمكن أن تصبر الزوجة فيها عن زوجها فقالت سبحان الله ؟ مثلك يسأل مثلى هذا ؟ فقال لولا أنى أريد النظر للمسلمين ما سألتك ، قالت خمسة أشهر أو ستة . فوقت للناس فى مغازيهم ستة أشهر [٢] .

والفرقة بسبب الغيبة عند الحنابلة فسخ لا طلاق ـ ويرى المالكية أن الفرقة بسبب الغيبة الطويلة هى طلاق بائن .

---

(١) راجع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل جـ ٤ ص ١٥٥ ـ ١٥٦ .
(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ١٤٣ .

ما عليه عمل المحاكم الآن

كان عمل المحاكم المصرية قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يجرى على عدم التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج غيبة طويلة أخذاً برأى الأحناف فى هذا الموضوع.

وبعد أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أخذت المحاكم تطلق المرأة على زوجها الغائب طلقة بائنة عملا بالمواد (١٢) ، (١٣) من هذا القانون فقد نص فى المادة الثانية عشرة منه على أنه إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب من القاضى تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » .

وبينت المادة الثالثة عشرة طريقة الإعذار إلى الزوج فنصت على أنه «إذا أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضى أجلا ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إنه لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بطلقة بائنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل إليه طلقها عليه القاضى بلا إعذار وبلا ضرب أجل»

ملاحظات

(ا) القانون أخذ بمذهب الحنابلة فى اشتراط أن تكون الغيبة بلا عذر وعدل عن الأخذ بمذهب المالكية الذى يرى أن الغيبة مطلقا بعذر أو بغير عذر مسوغ لتطليق المرأة على زوجها متى تضررت لغيابه .

(ب) القانون اعتبر التفريق بين الزوج الغائب وبين زوجته طلقة بائنة أخذاً برأى المالكية وبذلك يكون قد عدل عن رأى الحنابلة فى هـذا الشأن فهم يرون أن الفرقة بسبب الغيبة فسخ للعقد لا طلاق .

(ج) القانون حدد مدة الغيبة الطويلة بسنة فأكثر أخذاً برأى المالكية وعدولا عن رأى الحنابلة الذى حدد الغيبة الطويلة بستة أشهر .

التفريق لحبس الزوج

رأى الأحناف

لا يرى الأحناف أن غيبة الزوج عن زوجته بسبب التجارة أو العلم أو الحبس مبررا للتفريق بينه وبين زوجته .

رأى المالكية جواز الحكم بتطليق الزوجة على زوجها لحبس الزوج سنة فأكثرفهم يرون أن غيبة الزوج لعذر أولغير عذر متى تضررت منها الزوجة من المسوغات للتفريق بينهما بطلقة بائنة . فنى مواهب الجليل اا . . . والثالث غائب خلف نفقة ، ولزوجته عليه شرط فى المغيب فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة ، وسواء كان الغائب فى هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم . إلاأن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك .

والرابع . غائب خلف نفقة ، ولا شرط لامرأته . وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان ، إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه ،أو يفارقها وإلا طلق عليه .

والخامس . غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وهو مع ذلك غير المكان فهذا هو المفقود (. . .) (١) وقال صاحب مواهب الجليل : إن ماذكر فى المتيطية فى الرابع من أنواع الغائبين من أنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه لم يبين كم ينتظر .

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ١٥٥ ؛ ١٥٦

ما عليه عمل المحاكم الآن

تسير المحاكم الآن على تطليق الزوجة التى حكم بحبس زوجها مدة ثلاث سنين فأكثر بحكم نهائى وذلك بعد مضى سنة من حبسه فقدنصت المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه » .

القيود الواردة فى نص المادة

اشترطت المادة سالفة الذكر لجواز طلب التفريق ما يأتى :

١ — أن يكون الزوج قد صدر عليه حكم نهائى بعقوبة مقيدة للحرية .

٢ — أن يمضى الزوج سنة فى السجن من العقوبة المحكوم بها عليه وذلك لكى تمضى مدة تستوحش فيها الزوجة ، وتتضرر فعلا ؛ لان الفرقة للحبس إنما هى للضرر الواقع بالفعل ، وليست للضرر المتوقع .

وحددت المادة (٢٢) من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ السنة بأنها السنة الشمسية

التطليق للاعسار بالنفقة

يرى الحنفية أنه لا يجوز التفريق بين الزوجين لإعسار الزوج بالنفقة وأنها تؤمر بالإستدانة عليه إلى وقت يساره ، واستندوا فيما ذهبوا إليه إلى ما يأتى : —

(١) قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ويدخل تحته كل معسر .

(٢) قوله جل شأنه (لا يكلف الله نفساً إلا ما آتيها سيجعل الله بعد عسر

يسرا) . وهذا دليل واضح على أن المعسر غير مكلف بالإنفاق حال إعساره .

(٣) إن التفريق فيه إبطال الملك على الزوج والأمر بالاستدانة فيه تأخير حقها وهو أهون من الإبطال فكان أولى .

وذهب الأئمة الثلاثة إلى جواز التفريق للإعسار مستدلين بما يأتى : —

(١) قوله تعالى (ولا تمسكوهن ضررا لتعتدوا) .

(٢) وقوله سبحانه (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وعدم الانفاق إضرار وإمساك بغير معروف فوجب التفريق .

(٣) ثبت التفريق للجب والعنة فأولى أن يثبت لعدم الإنفاق . لأن البدن لا بقاء له بدون النفقة ويبقى بدون الجماع .

غير أنهم اختلفوا فى نوع التفريق . فالشافعية والحنابلة يقولون إنه فسخ بسبب العجز عن حقوق الزوجية . والمالكية يقولون إنه طلاق رجعى ولكن لا تجوز الرجعة إلا إذا زال السبب الموجب للتفريق بأن تثبت قدرته على الانفاق فعلا .

وقد أجاب الحنفية على ماذهب إليه الأئمة بما يأتى : —

(١) لا نسلم أن الإعسار إضرار من الزوج وإمساك بغير معروف لأنه لا يملكه ولا يحب أن يكون وقد أمرت بالاستدانة عليه وذلك مقدوره . وليس من الكرامة أن تبقى الزوجة فى رغد من العيش والحياة باسمة لزوجها فإذا تجهمت له وعبست بعض الوقت ولت مسرعة إلى دار القضاء لتطلب الخلاص من سجن النزلاء .

(٢) القياس على الجب والعنة غير صحيح لأنهما يفوتان المقصود من النكاح وهو التوالد والمال ليس كذلك وهو تابع لا أصل .

وقد كان العمل جارياً على مذهب الحنفية فى عدم التفريق للإعسار قبل سنة ١٩٢٠ . ولكن رؤى العدول عن ذلك والعمل بمذهب المالكية فى جواز

التفريق للإعسار بطلاق رجعى وإليك نص المواد الواردة فى هذا الشأن فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

مادة ٤ — إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته . فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله فإن لم يكن مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى كذلك .

مادة ٥ — إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقه فى ماله . وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفه وضرب له أجلا . فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها. أو لم يحضر للانفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال : وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

مادة ٦ — تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعياً . وللزوج أن يراجع زوجته إذا أثبت يساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة . فان لم يثبت يساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة .

الرجعة

معنى الرجعة :

الرجعة بالفتح ، والكسر والفتح أفصح من الكسر عرفها صاحب تنوير الأبصار ، بأنها إستدامة الملك القائم فى العدة بنحو راجعتك وبكل ما يوجب حرمة المصاهرة :

شرح التعريف :

الرجعة هى إستدامة وإبقاء للملك الثابت لكلا الزوجين بمقتضى عقد

الزواج بلا إشتراط عوض ما دامت المطلقة لم تنته عدتها وكان طلاقها رجعياً وتكون الرجعة بالقول والفعل :

ركنها :

ركن الرجعية القول الذى يدل على إستدامة النكاح وإبقائه صريحاً كان القول فى هذه الناحية ، أم كناية كما تكون الرجعة بالفعل مع الكراهة واستظهر ابن عابدين أن تكون كراهة الرجعة بالفعل كراهة تنزيهية .

شروط صحتها :

يشترط لصحة الرجعة ما يأتى : —

١ — أن يكون الطلاق رجعياً . فإن كان بائناً لاتصح الرجعة لأنه يزيل الملك فى الحال بمجرد صدوره

٢ — أن تكون الرجعة قبل إنقضاء العدة ، لأنه إذا انقضت عدة المطلقة رجعيا أصبح الطلاق بائناً فلا بد لعودة الحياة الزوجية من عقد ومهر جديدين برضا الزوجين .

٣ — أن تكون الرجعة منجزة ، لا مضافة إلى زمن مستقبل ولا معلقة على شرط . فلا تصح الرجعة إذا قال الرجل لمطلقته فى عدتها : راجعتك أول الشهر ، أو إن حضر أبى .

يندب الإشهاد على الرجعة :

ويندب الإشهاد على الرجعة بعدلين إحترازاً عن التجاحد ، وعن الوقوع فى مواقع التهم ؛ لأن الناس عرفوه مطلقاً فيتهم بالقعود معها — لكن لو راجع الزوج زوجته دون أن يشهد على الرجعة صحت الرجعة فالأمر فى قوله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم (١) » أمر ندب لا أمر وجوب .

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق

وقال صاحب الدر يندب الإشهاد على الرجعة التى تمت بالفعل وذلك بأن يشهد على هذه الرجعة بأن يقول لزوجته « راجعتك » ويشهد على هذا القول .

ما تحصل به الرجعة :

تحصل الرجعة عند الأحناف بواحد من أمرين :

الأول : القول سواء كان صريحا فى الرجعة أم كناية فيها .

صريح الرجعة :

صريح الرجعة يكون بكل لفظ يدل على إستدامة الزوجية . كراجعت زوجتى ، وأمسكت زوجتى . وما ماثل ذلك من رددت زوجتى أو أعدت زوجتى . والرجعة بصريح القول لا تحتاج إلى نية .

الكناية :

والكناية هى أن يراجع الرجل مطلقته بلفظ يحتمل الرجعة وغيرها كقوله لها : أنت امرأتى : أنت عندى الآن كما كنت وهكذا . والرجعة بالقول الصريح أو الكناية حق خاص بالرجل . . . ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة .

الثانى :

الرجعة بالفعل مع الكراهة التنزيهية . وذلك بفعل ما يوجب حرمة المصاهرة من لمس أحد الزوجين للآخر بشهوة سواء كان اللمس مع حائل ، أو بغير حائل ، وكتقبيل بشهوة فى أى موضع كان .. ويرى أبوحنيفة ومحمد

أن هذا الفعل يستوى فيه أن يكون رغبة الطرفين ، أو أن يكون إختلاساً أو فى حال نوم الطرف الآخر ، وسواء صدر من الزوج أو من الزوجة — ويعلل لهذا الرأى فقهاء المذهب فيقولون : لأن الفعل الموجب لحرمة المصاهرة تثبت به حرمة المصاهرة سواء كان من الزوج أو الزوجة فكذلك تثبت به الرجعة بالقياس عليها .

رأى أبى يوسف :

يرى أبو يوسف أن فعل مايوجب المصاهرة من جانب الزوجة لابد لكى تحصل به الرجعة أن يكون بعلم الزوج فإذا قبلت المطلقة زوجها بشهوة خلسه أو لمسته بشهوه خلسة وبدون علمه لم يثبت بهذا الفعل رجعة . لأننا لو اعتبرنا هذا الفعل الصادر منها رجعة لترتب على ذلك أن تكون الرجعة بيد الزوجة، والرجعة بيد الزوج لا بيدها .

رأى الشافعية :

ويرى الشافعية أن الرجعة لا تكون إلا بالقول فقط . وأما الفعل فلا تحصل به المراجعة سواء كان من الزوج أو من الزوجة إذ الرجعة إعادة للزواج الذى زال بالطلاق ورد له « وبعولتهن أحق بردهن » والإعادة لا تكون إلا بالقول لا بالفعل .

علم المرأة بالرجعة :

لا يشترط لصحة الرجعة إعلام الزوجة بها ، فلو راجع الزوج زوجته دون أن تعلم بها الزوجة صحت، لأن الرجعة حق خالص للزوج لايتوقف على رضا المرأة كالطلاق حق له لا يشترط لإيقاعه رضاها به . لكن الأولى إعلام

الزوجة بالرجعة حتى لا تتزوج بغيره بعد إنقضاء العدة ظناً منها أنها بانت من مطلقها وأنها فى حل من الزواج بغيره .... وحتى لا تقع المنازعة بينهما فى حدوث الرجعة .

وإذا إختلف الزوجان فى حدوث الرجعة فادعى الزوج أنه راجع زوجته التى طلقها رجعيا ، وأنكرت هى ذلك وقالت : لم يراجعنى فإن كانت العدة لا تزال قائمة عند حصول الخلاف بينهما فيما ذكر فالقول للزوج ؛ لأنه يخبر عن شىء يملك إنشاءه فى الحال . والقاعدة : أن من أخبر بشىء يملك إنشاءه صدق بما أخبره .

وإذا كانت العدة منتهية وقت حصول الخلاف بينهما فى وقوع الرجعة وعدم وقوعها فالبينة على الزوج ؛ لأنه يدعى حصول الرجعة . « والبينة على من ادعى » . فإن أثبت الرجعة حكم له بدعواه . وثبتت الزوجية بينهما حتى لو كانت المطلقه رجعيا قد تزوجت زوجا غيره بعد إنقضاء عدتها لإعتقادها أن مطلقها لم يراجعها فى العدة فسخ عقد الزواج الثانى لكونه عقداً فاسداً .

وإذا عجز الزوج عن الإثبات فالقول للزوجة بغير يمين عند أبى حنيفة ؛ لأن فائدة اليمين النكول وهو عند الإمام أبى حنيفة بذل للحق المدعى به ، والبذل لا يجرى فى مسائل معينة منها الرجعة . وعند الصاحبين القول للزوجة بيمينها ، لأن النكول عن اليمين يعتبر عندهما إقراراً بالحق المدعى . ويصح الإقرار بالرجعة .

وإذا إدعى الزوج صحة الرجعة لأنه راجع مطلقته فى عدتها وقالت الزوجة إنها وقعت بعد إنقضاء العدة فالقول قولها إن كانت المدة بين الطلاق وبين

الوقت الذى تدعى انقضاء العدة فيه تحتمل ذلك وكانت العدة بالحيض، لأن إنقضاء العدة بالحيض لا يعلم إلا من جهتها فيكون القول قولها بيمينها . فإن حلفت أن عدتها إنتهت رفضت دعواه ، وإن نكلت حكم له بدعواه ؛ لأن نكولها إقرار بدعواه على رأى الصاحبين المعمول به الآن .

وإن كانت المدة التى مضت لا تكفى لإنقضاء العدة بأن كانت أقل من المدة التى جعلت أقل مدة تنتهى فيها العدة شرعاً فلا يلتفت إلى قولها وحكم بصحة الرجعة ، لأن الفريضة الشرعية تكذبها فى دعواها .

أقل مدة للعدة بالحيض :

يرى أبو حنيفة أن أقل مدة للعدة بالحيض ستون يوماً لأن العدة مقدرة شرعاً بثلاث حيضات ، ومدة كل حيضة عشرة أيام باعتبار أقصى مدة الحيض احتياطاً ، والحيضات الثلاث يتخللها طهران . وأقل مدة للطهر الفاصل بين الحيضتين خمسة عشر يوماً فيكون مجموع ذلك ستين يوما فلا تصدق المرأة فى إنقضاء عدتها فى أقل من ستين يوماً .

العـــدة

المعنى اللغوى :

العدة لغة بالكسر الإحصاء ، يقال : عددت الشيء عدة أى أحصيته إحصاء وبالضم الاستعداد للأمر .

المعنى فى إصطلاح الفقهاء :

المعنى فى إصطلاح الفقهاء : هى مدة حددها الشارع يجب على المرأة فيها عند حصول الفرقة بينها وبين زوجها أن تبقى بدون زواج حتى تنقضى هذه

المدة . وقد عرف العدة صاحب تنوير الأبصار فقال: العدة تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته – وشبهة النكاح مثل النكاح الفاسد ومزفوفة الغير لغير زوجها .

سبب وجوب العدة :

سبب وجوب العدة عقد النكاح المتأكد بالتسليم وما جرى مجراه من موت أو خلوة صحيحة .

شرطها :

وشرط وجوب العدة هو النكاح أو شبهته .

حكمها :

ثبوت أمور يلزم المرأة أن لا تتعداها أثناء العدة منها ألا تتزوج ولا تخرج من منزل العدة – ومن أحكامها حرمة نكاح أختها فى عدتها . وصحة الطلاق فيها .

أنواعها :

والعدة إما أن تكون بالحيض أو بالأشهر أو بوضع الحمل . واعتداد المرأة بواحد من هذه الأنواع تابع لنوع الفرقة ، وللحالة التى تكون عليها المرأة عند حصول الفرقة ، ولصحة الزواج وعدم صحته .

عدة الوفاة للمرأة الحامل :

إن كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج ، وكانت المرأة حاملا فإن عدتها فى هذه الحالة تكون بوضع الحمل . فلو ولدت بعد وفاة زوجها إنتهت عدتها ،

ولو كانت الولادة بعد الوفاة بزمن قليل وذلك لقول الله تعالى: « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فقد جعل الله عدة الحامل وضع حملها سواء كانت الحامل تعتد من طلاق أو وفاة. ولما روى أن سبيعة بنت الحارث توفى عنها زوجها فى حجة الوداع ، وهى حامل فوضعت بعد وفاة زوجها بزمن قليل. ولما انتهت مدة نفاسها تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل فقال لها: مالى أراك متجملة ؟ لعلك ترجين الزواج والله ما أنت متزوجة حتى يمر عليك أربعة أشهر وعشر. فلما قال لها ذلك أتت النبى صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاها بأنها قد حلت حين وضعت حملها ، وأمرها بالتزويج إن بدا لها [١].

عدة الوفاة للمرأة التى لا حمل بها :

ومن مات عنها زوجها وكانت غير حامل وكان زواجها صحيحاً فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، أما إذا كان الزواج فاسداً فإن عدتها تكون بثلاث حيضات إن كانت من ذوات الحيض. وبثلاثة أشهر إن لم تكن من ذوات الحيض. وذلك لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فعدة الزوجة ذات الزواج الصحيح المتوفى عنها زوجها إن لم تكن حاملا هى أربعة أشهر وعشرة أيام ، وذات النكاح الفاسد « تسمى زوجة فلا ينطبق عليها هذا النص القرآنى الخاص بعدة الوفاة.

عدة المطلقة والمفسوخ نكاحها :

عدة الحامل وإذا كانت الفرقة بين الزوجين بطلاق أو فسخ للعقد فإن

(١) منتقى الأخبار جـ ٦ ص ٣٤٢

كانت الزوجة حاملا فعدتها وضع حملها . « وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن » فالنص عام يشمل المطلقة وغيرها .

عدة ذوات الحيض :

والمطلقة أو المفسوخ نكاحها أن كانت من ذوات الحيض ولم تكن حاملا فعدتها ثلاث حيضات كوامل وذلك لقوله تعالى « ... والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » فإنه أوجب على المطلقة الانتظار مدة ثلاثة قروء . والقرء هو الحيض . ويلحق بالمطلقة . المفسوخ عقدها فعليها أن تعتد بثلاث حيضات .

وإذا وقع الطلاق أثناء الحيض لا تحتسب الحيضة التى وقع فيها الطلاق من الحيضات الواجب على المرأة أن تعتد بها فالمطلوب هو ثلاث حيضات كوامل لأن العدة مقدرة بها والحيضة لا تتجزأ .

عدة الصغيرة والآيسة :

إن لم تكن المرأة من ذوات الحيض لصغرها أو لكبر سنها بأن بلغت سنها أو لكونها لم تر الحيض أصلا بعد وصولها إلى سن البلوغ فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى : واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن » أى مثلهن فإنه قدر العدة للنساء اللاتى انقطع حيضهن ويئسن من عودته لكبر سنهن ، والنساء اللائى لم يرين الحيض لصغرهن أو لأمر آخر كرض ونحوه بثلاثة أشهر . فإن وقعت الفرقة فى أول الشهر العربى اعتبرت الأشهر بالأهلة ولو كانت أقل من ٩٠ يوماً . وإن وقعت فى أثناء الشهر اعتبرت العدة بالأيام عند أبى حنيفة فلا تنقضى العدة إلا بمضى تسعين يوماً . وقال الصاحبان : يكمل الشهر الأول الذى حصلت فيه الفرقة من الشهر الرابع ويعتبر الشهران المتوسطان بالأهلة .

عدة من انقطع حيضها :

من رأت الحيض ولو مرة واحدة بعد بلوغها فعدتها بالحيض مهما امتد طهرها ما دامت لم تبلغ سن اليأس فإذا بلغته اعتدت بثلاثة أشهر وهذا هو رأى الحنفية .

رأى المالكية :

ويرى المالكية أنه إذا انقطع الحيض لسبب غير معروف فإنها تنتظر تسعة أشهر من الطلاق للتحقق من براءة الرحم وخلوه من الحمل لأن هذه هى مدة الحمل غالباً . فإذا انقضت الأشهر التسعة ولم يظهر بها الحمل اعتدت بثلاثة أشهر كالآيسة فإن مضت هذه دون أن يأتيها الحيض انتهت عدتها أما لو جاءها الحيض فى أثناء السنة ولو فى آخر يوم منها فعليها أن تنتظر الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء لا حيض فيها فإن تمت السنة ولم تر حيضا انتهت عدتها. وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام سنة بيضاء. وإذا انقطع حيضها بسبب الرضاع فإن عدتها تنتهى بمرور سنة بيضاء ، بعد انتهاء زمن الرضاع وهو سنتان فإن جاءها الحيض انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة بيضاء فإن تمت السنة ولم تر الحيض انقضت عدتها . وإن رأت الحيض فيها ولو فى آخر يوم منها انتظرت الحيضة الثالثة أو تمام السنة البيضاء. فإن حاضت الثالثة ، أو مضت السنة البيضاء انتهت عدتها .

واستدل المالكية بما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال: أيما امرأة طلقت فحاضت حيضة ، أو حيضتين ثم ارتفع حيضها فإنها تنتظر تسعة أشهر . فإن بان بها حمل فذاك وإلا اعتدت بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر ثم حلت ، ولم يعرف مخالف لعمر فيما قاله فيكون هذا بمثابة إجماع من الصحابة .

تحول العدة من نوع إلى آخر

تحول العدة من الأشهر إلى الحيض :

إذا طلقت الصغيرة وقبل انتهاء عدتها بالأشهر بلغت بالحيض فإنه يلغى ما مضى من عدتها بالأشهر وتستأنف عدتها بالحيض فتعتد بثلاث حيضات كوامل بعد مجيئها الحيض أثناء العدة .

وأما إذا رأت الدم بعد انقضاء العدة بالأشهر فلا تستأنف العدة لانقطاع آثار الزوجية بينهما .

تحول العدة من الحيض إلى الأشهر

إذا كانت المرأة ممن تعتد بالحيض وبدأت عدتها بالحيض واستمر نزول الدم قبل انقضاء عدتها بثلاث حيضات بدون انقطاع حتى لا تتمكن من أن تميز حيضها عن أيام طهرها فإن كانت لها عادة معروفة لأيام حيضها وطهرها اتبعت عادتها فى ذلك . فتنتهى عدتها بمضى مدة كافية لثلاث حيضات بحسب عادتها المعروفة . وإن لم تكن لها عادة معروفة أو كانت لها ونسيت عادتها فالرأى المفتى به فى المذهب الحنفى أن عدتها تنتهى بسبعة أشهر من تاريخ الفرقة وذلك لأن حيضاتها الثلاثة تقدر بثلاثين يوما أى يقدر لكل حيضة أقصى مدة الحيض وهى عشرة أيام ، ويعتبر لها ثلاثة أطهار يقدر كل طهر لشهرين أى أربعة أمثال أقل مدة الطهر وذلك كله للاحتياط .

رأى آخر

فى المذهب الحنفى رأى يقول : إن عدتها فى هذه الحالة تقدر بثلاثة أشهر من تاريخ الفرقة اعتباراً بالأمر الغالب لأن المرأة فى الأعم الغالب تحيض فى

كل شهر مرة واحدة فتكون الثلاثة أشهر مشتملة على الثلاث حيضات .

تحول عدة الطلاق إلى عدة وفاة

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا ثم توفى ومطلقته لا تزال فى العدة فإنها لا تكمل عدة الطلاق بل تعتبر عدة الوفاة ابتداء من وقت وفاة زوجها لأن المطلقة رجعيا زوجة من كل وجه مادامت فى العدة ولذا يتوارثان إذا توفى أحدهما وهى فى العدة . فكأن زوجها مات عنها وهى زوجة فتكون عدتها عدة وفاة لا عدة طلاق .

أما إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا . ثم توفى وهى فى العدة فإنها تكمل عدة الطلاق ، ولا تعتد عدة الوفاة . إذ المبتوتة لا يصدق عليها أنها زوجة من كل وجه وقت وفاة مطلقها فلا ينطبق عليها النص الآمر باعتداد عدة وفاة . . « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا » أما أن المبتوتة ليست بزوجة وقت وفاة مطلقها فلأنهما لايتوارثان إذا توفى أحدهما وقت العدة إلا إذا كان الطلاق قد صدر منه وهو مريض مرض الموت وتحققت شروط الفرار من الإرث وورثت منه بالفعل فى هذه الحالة تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة .

العدة بأبعد الأجلين

إذا طلق الرجل زوجته طلاقا بائنا وهو مريض مرض الموت ثم توفى فى مرضه وهى لا تزال فى العدة فإنها تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق ، وعدة الوفاة . وذلك أننا لما جعلنا المعتدة وارثة من زوجها المتوفى وهى فى العدة فقد اعتبرنا الزوجية التى هى سبب الإرث قائمة عند وفاته حتى ورثت منه بها . فهى حينئذ زوجة توفى عنها زوجها فتعتد عدة الوفاة لهذا الاعتبار .

وإذا لاحظنا أن بالطلاق البائن تكون الزوجية قد انقطعت من وقت حصول الطلاق فتعتد عدة الطلاق لهذا الاعتبار فمراعاة للاعتبارين وعملا بهما أوجبنا عليها أن تعتد بأبعد الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة .

وعدة الطلاق تبتدىء من تاريخ الطلاق ، وعدة الوفاة تبتدىء من وقت الوفاة . . . ومفاد ذلك إن المرأة تعتد فى هذه الحالة بعدة الطلاق وعدة الوفاة لأن أقصرهما داخل فى أبعدهما .

نفقة العدة

المعتدة محبوسة فى منزل العدة لحق الزوج والشرع ومظهر احتباسها أنه لا يجوز لها أن تتزوج برجل آخر مادامت فى العدة . ولا تخرج إلا لقضاء حاجياتها الضرورية وأمثال هذه المظاهر الدالة على أن المرأة أثناء العدة محبوسة لحق الزوج والشرع . ولهذا كانت نفقة المعتدة واجبة على من فارقها إلى أن تنقضى عدتها منه شرعاً . لكن بعض المعتدات لا نفقة لهن . ولتوضيح ذلك نقول .

معتدات لا نفقة لهن

١ — المعتدة عن وفاة

يرى الأحناف : إن المعتدة عن وفاة لا تجب لها النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة ومسكن تعتد فيه . حتى ولو كانت حاملا . وعللوا لذلك بقولهم : إنه لاسبيل لإيجاب النفقة على الزوج لانتهاء ملكه فى المال بسبب الوفاة ولاسبيل لإيجاب النفقة على ورثته لأن النفقة أثر من آثار عقد الزواج . وعقد الزواج عقد شخصى بين الزوجة وزوجها المتوفى فآثاره تتعلق بعاقديه فقط . واستثنى من المتوفى عنها زوجها أم الولد بشرط أن تكون حاملا من مولاها

فلها النفقة من كل المال (١) . واعترض على هذا الاستثناء كثير من فقهاء المذهب . فلا وجه للاستثناء .

رأى آخر

نقل ابن عابدين عن المضمرات قولا نسبه إلى القهستانى يفيد أن للحامل التى توفى عنها زوجها النفقة فى جميع المال حرة كانت الزوجة أم أمة .

٢ — المعتدة لفرقة جاءت من جهتها

إذا جاءت الفرقة بين الزوجين بسبب من جهة المرأة وكانت بسبب محظور كأن ترتد عن دين الإسلام ، أو تمتنع عن الإسلام بعد أن يسلم زوجها ولم تكن كتابية . أو بسبب فعل منها مع أصول زوجها أو فروعه مما يوجب حرمة المصاهرة . فنى هذه الحالات كلها الفرقة كانت بسبب فعل الزوجة غير المشروع فلا نفقة لها . وعلل الأحناف لذلك بقولهم : إن النفقة صلة ، وما أتته المرأة من ردة عن الإسلام ، أو تقبيل ابن زوجها بشهوة أو غير ذلك من كل فعل يوجب حرمة المصاهرة هو معصية لا تستحق المرأة بسببه إلا العقوبة عليه ولذلك فلا نفقة لها . ولهذا كانت الفرقة بينها وبين زوجها ، وكانت لا نفقة لها أثناء اعتدادها . . . فالفرقة جاءت من قبلها بغير حق . فسقط حقها فى النفقة ؛ لأنها أبطلته .

وقال فقهاء الأحناف: إن الذى يسقط من النفقة هو نفقة الطعام والكسوة أما المسكن فيبقى الحق فيه للمرأة لأنه ليس حقا خالصاً لها بل فيه حق لله سبحانه وتعالى وحق الله لا يسقط بمعصية العبد فمعصية المرأة لا تسقط حق الشارع فى

(١) ابن عابدين ج ٣ ص ٩٢٢

وجوب بقائها فى المنزل الذى حصل به الطلاق لتعتد فيه . أما الطعام والكسوة فهما من حقوق المرأة خاصة فيسقط بفعلها الذى هو معصية .

٣ — المعتدة لفرقة من زواج غير صحيح ، أو من دخول بشبهة لا نفقة لها . لأن عقد الزواج الفاسد لا يترتب عليه أى حق من حقوق الزوجية . ولا يجب للمرأة فى عقد الزواج الفاسد النفقة على من تزوجها فبطريق الأولى لا يجب لها نفقة بعد المتاركة أو التفريق بينهما .

المعتدات اللاتى لهن نفقة العدة

كل معتدة ليست داخلة فى الأنواع الثلاثة المتقدمة فإنها تستحق نفقة عدة . وفيما يلى بيان لهذا النوع من المعتدات .

١ — إذا كانت الفرقة من قبل الزوج :

كل معتدة لفرقة من قبل الزوج سواء أكانت الفرقة طلاقاً ، أو فسخاً . وسواء كان سبب الفرقة محظوراً أو غير محظور وذلك كمن يطلق زوجته ، أو يفرق بينه وبين زوجته لأنه ارتد عن الإسلام ، أو فرق بينه وبين زوجته بسبب إسلامها وإبائه عن الإسلام ، فللمعتدات فى هذه الأحوال لهن النفقة أثناء العدة .

٢ — المعتدة لفرقة جاءت من قبل الزوجة بسبب غير محظور :

كل معتدة لفرقة من قبل الزوجة بسبب غير محظور كما إذا كانت العصمة بيدها ، فطلقت نفسها من زوجها . وكما إذا اختارت نفسها عند بلوغها وفسخ العقد . وكذا إذا فسخ عقد زواجها لنقصان مهرها عن مهر المثل بطلب وليها العاصب . لأن وليها يعتبر من قبلها .

٣ — المعتدة بتطليق القاضى لها بناء على طلبها :

وإذا كانت الفرقة بسبب تطليق القاضى الزوجة على زوجها بناء على طلبها فى الحالات التى يجوز للقاضى أن يطلقها من زوجها فللمطلقة النفقة مدة العدة ؛ لأن القاضى ناب عن الزوج فى التطليق فكأن الزوج هو الذى طلق زوجته وفى مثل هذه الحالة للمطلقة نفقة العدة على مطلقها .

نفقة العدة من قبيل الديون الصحيحة :

نفقة العدة كنفقة الزوجية بالنسبة للزوجة فهى من قبل الديون الصحيحة وهى فى ذمة المطلق لاتسقط إلا بالأداء أو الإبراء دون توقف على أن تكون مفروضة بالتراضى أو بقضاء من القاضى . وبذلك تعمل المحاكم المصرية الآن تطبيقاً للمادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . كما قررت المواد ١٧ ، ١٨ من القانون المذكور عدم استحقاق المعتدة لنفقة عدة أكثر من سنة من تاريخ الطلاق .

ما يجب على المعتدة

يجب على المعتدة فى أثناء العدة أمران ؛ أحدهما عام فى كل معتدة ، والآخر خاص ببعض المعتدات .

الأمر الأول :

يجب على كل معتدة أن تعتد فى البيت الذى كانت تسكنه وقت الفرقة . سواء كانت طلاقاً أو فسخاً وسواء كانت بسبب موت زوجها أو غيره . وقال فقهاء الحنفية إن وجوب اعتداد المرأة فى البيت الذى كانت تسكن فيه وقت

الفرقة مأخوذ من قوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن (١) » ، حيث دل النص على وجوب بقاء المعتدة فى بيت الزوجية تعتد فيه حتى تنتهى عدتها .

وعلل الأحناف لذلك بقولهم : إن وجود المطلقة قريبة من مطلقها فيه صيانة للمرأة مدة بقاء آثار الزوجية بينهما . ولعله يرى من أخلاقها ، وعفافها ما يعيد إليهما الحياة الزوجية ثانية : « لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » . . . أما الحكمة فى اعتداد المتوفى عنها زوجها فى المنزل الذى كانت تقيم فيه مع زوجها المتوفى فلأن فى ذلك وفاء بحقوق الزوج بعد وفاته فإقامة الزوجة قريبة من المعالم ، والأمكنة التى كانت تعيش فيها مع زوجها سيكون حاملا لها على القيام بواجب الوفاء حتى تنقضى عدة الوفاة .

النشور قد يلحق المعتدة :

هذا وقد قرر فقهاء الأحناف أن المعتدة إذا تركت مسكن العدة دون عذر مقبول ، وسكنت فى منزل آخر اعتبرت ناشزة فتسقط نفقة عدتها إن كانت لها نفقة حتى تعود إلى مسكن العدة . وإذا اضطرت إلى ترك مسكن العدة والانتقال إلى مسكن آخر لعذر مقبول جاز لها ذلك ولا تعد ناشزة ؛ لأن الضرورات تبيح المحظورات .

الأعذار المبيحة لترك منزل العدة :

والأعذار المبيحة للمعتدة أن تنتقل بسببها إلى منزل آخر منها أن يكون مسكن العدة آيلا للسقوط ، أو بعيداً عن العمران تخاف من السكنى فيه على نفسها أو مالها . أو أن يخرجها من منزل العدة ورثة زوجها المتوفى . أو يخرجها منه صاحب المنزل قهراً عنه .

---

(١) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .

معتدة الطلاق لا تخرج لقضاء مصالحها :

نص الفقهاء على أن المعتدة عن طلاق لا تخرج من منزل العدة لا ليلا ولا نهاراً ولا إلى صحن دار فيها منازل لغيره ولو بإذنه لأنه حق الله تعالى. وعلى زوجها أن يحضر لها ما يلزمها وزاد صاحب الدر ولو كانت بمعصية كتقبيلها ابن زوجها أما المعتدة عن نكاح فاسد، ووطء بشبهة فلها الخروج إلا إذا منعها لتحصين مائه.

وكذلك لا تخرج من بيت العدة المختلفة على نفقة عدتها فى الأصح؛ لأنها هى التى اختارت إبطال حقها فلا يبطل به حق الزوج عليها. وقيل المختلعة لها الحق أن تخرج نهارا؛ لأنها قد تحتاج إلى الخروج كالمتوفى عنها زوجها. وقال صاحب الدر. وكذلك المختلعة على أن لا سكنى لها فإن مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ولا يحل لها أن تخرج منه حتى تنتهى عدتها. لأن سكناها فى بيته واجبة عليه شرعاً فلا تملك إسقاطها بل تسقط مؤنتها. فمعتدة الرجعى والبائن الحرة المكلفة، والأمة المبوأة (١) ولو كانت العدة فى المنزل الذى كانت تقيم فيه حال وقوع الفرقة حتى لو أذن لها فى الخروج (٢).

المعتدة عن وفاة :

أما المعتدة عن وفاة فلها الخروج ليلا ونهاراً كما تشاء لقضاء ما يلزمها لأن

---

(١) الأمة المبوأة هى الرقيقة المتزوجة التى أسكنها مولاها فى بيت زوجها ولم يطلقها. ابن عابدين ج ٣ ص ٨٥٢.

(٢) ابن عابدين ج ٢ ص ٨٥٣.

نفقتها عليها فتحتاج للخروج . فلو كان عندها كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج . للمتوفى عنها زوجها إذا اقتضت حاجتها أن تقضى جزءا من الليل خارج منزل العدة أن تقضيه فمدار حل خروجها هو قيامها بأمور معيشتها فيتقدر بقدره فتى انقضت حاجتها لا يحل لهـــا بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها .

هذا وقد نص صاحب تنوير الأبصار على أن المرأة لو طلقت وهي خارج منزل الزوجية بأن كانت فى زيارة فعليها أن تعود إلى سكنها حال الزوجية فوراً لتعتد فيه وكذلك لو حدثت الوفاة لزوجها وهى خارج منزل الزوجية عليها أن تعود إلى مسكنها لتعتد فيه .

كذلك نص فقهاء الحنفية على أن المطلقة طلاقاً بائنـاً لا بد من سترة بينها وبين مطلقها لأنها أجنبية عنه فلا يصح له أن يختلى بها . وقالوا : لو أن منزل الزوجية كان ضيقاً ، أو كان الزوج الذى طلق زوجته بائناً من الفسقة فالأولى للمطلقة بائنا فى هذه الحالة أن تخرج من منزل المطلق لتعتد فى خارجه واستحسن صاحب الدر أن يقيم معهما فى هذه الحالة فى منزل الزوجية السابق امرأة قادرة على الحيلولة بينهما .

أما المعتدة عن طلاق رجعى فتعتد فى منزل زوجها دون ستر أو حائل بل عليها أن تتزين أثناء العدة لمطلقها لعله يراجعها .

ونص فقهـاء الحنفية على وجوب الحداد على المعتدة عن وفاة أو طلاق بائن . والحداد هو أن تترك المرأة المكلفة المسلمة ولو أمة المنكوحة بنكاح صحيح المدخول بها المعتدة عن وفاة بالاتفاق بين جميع الفقهاء أو عن طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى وهذا عند الأحناف فنى هذه الحالات تحد المعتدة

بأوصافها السابقة وذلك بترك الزينة بحلى ،أو حرير ، أو امتشاط بمشط ضيق الأسنان أما المشط واسع الأسنان فلها الامتشاط به — وعليها أن تترك الطيب فلا تستعمله فى بدنها ، أو ثوبها ، وتترك وضع الزيوت الجملة ولو بلا طيب ، وأن تترك الكحل ، والحناء ولبس الثوب المعصفر ، والمزعفر الجديد الذى تقع به الزينة إلا لعذر فلها أن تستعمل كل ما سبق .

والحداد مدته مدة العدة . ولا حداد على المعتدة الصغيرة أو المجنونة ومعتدة العتق أو المعتدة عن نكاح فاسد أو وطء بشبهة .

حكمة الإحداد على الزوج

والحكمة من منع الزوجة التى توفى عنها زوجها أو التى طلقها زوجها بائنا من الزينة والتجمل مدة العدة هو إظهار الحزن والأسف على وفاة زوجها وإظهار الحزن على فوات نعمة الزواج الذى هو سبب لصيانتها وكفاية مؤنتها إن كانت معتدة عن طلاق بائن . فقد روى أن أم حبيبة رضى الله عنها لما بلغها موت أبيها أبى سفيان انتظرت ثلاثة أيام . ثم دعت بطيب وقالت : مالى بالطيب حاجة غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً » .

رأى آخر فى إحداد المطلقة بائنا

قال الأحناف أن المعتدة من الطلاق البائن يلزمها الإحداد على زوجها لأن المقصود منه إظهار الحزن والأسف على فوات نعمة الزواج الذى هو سبب صيانة المرأة وكفاية مؤنتها والمعتدة عن وفاة تماثلها فى انقطاع رابطة الزوجية المعتدة عن طلاق بائن بينونة صغرى أو بينونه كبرى .

وقال المالكية والشافعية لا يلزم المعتدة عن طلاق بائن الإحداد إظهارا للحزن والأسف على فراق الزوج الذى وفى بعهده حتى مماته وهذا الزوج قد اساء إلى زوجته بطلاقه لها بائنا فكيف تحزن على فراقه .

متى تبدأ العدة

تبدأ العدة بعد الفرقة مباشرة فى الزواج الصحيح سواء كانت الفرقة بطلاق أو فسخ ، أو بموت الزوج . لأن العدة سببها الفرقة ومتى وجد السبب وجد المسبب . وتبتدىء العدة من وقت المتاركة ، أو التفريق أو موت الزوج فى الزواج الفاسد . ولا يشترط فى إبتداء العدة أن تعلم الزوجة بالفرقة بينها وبين زوجها بل تبتدىء العدة بمجرد وجود سببها وهو الفرقة وتنتهى العدة بانتهاء أجل العدة ولو لم تعلم الزوجة حصول سبب العدة . فالعدة مدة حددها الشارع تنتظر فيها المرأة وتتربص استبراء لرحمها ،وتوقعا لعودة الحياة الزوجية فيها ثانية إن كانت من طلاق رجعى ، وحزنا وأسفا على فراق الزوج بالوفاة أو الطلاق ووفاء بالحياة الزوجية التى أمضتها المرأة مع زوجها . فلا يشترط العلم بمضى هذه المدة ، ولا بسببها .

الحضانة

الحضانة فى اللغة ضم الشىء إلى الحضن وهو الصدر يقال حضن الطائر أفراخه إذا ضمها تحت جناحه. وفى اصطلاح الفقهاء القيام على تربية الطفل ومراعاة مصالحه. والحضانة حق للأم فقد ورد أن امرأة جاءت إلى النبى عليه السلام وقالت يا رسول الله إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وأن أباه طلقنى ويريد أن ينتزعه منى فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجى.

وروى أن عمر بن الخطاب طلق امرأة له من الأنصار وأراد أن يأخذ منها ولدها عاصم واختصما فى ذلك عند أبى بكر الصديق رضى الله عنه فأخذه منه وأعطاه لأمه وقال له: ريحها ومسها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك يا عمر.

وهى أيضاً حق للصغير لحفظه من الضياع ودرج علم المحاكم على أنها حق للأم وحق للصغير معاً. وإن حق الصغير فيها أقوى من حق الأم. وإنما أعطاها الشارع هذا الحق دون الأب لأنها أقدر على تربيته وأرفق بحاله وحسن رعايته فى أيام الطفولة الأولى من الأب فإذا بلغ سن الاستغناء عن خدمة النساء جعل الإشراف عليه وصيانته عن عوامل الانحراف إلى أبيه.

ترتيب الاستحقاق فى الحضانة

يثبت حق الحضانة للأم وأقاربها على الترتيب الآتى:

الأم. ثم أم الأم. ثم أم الأب. ثم الأخوات الشقيقات. ثم لأم. ثم لأب. ثم بنات الأخت الشقيقة. ثم لأم. ثم لأب. ثم الخالات الشقيقات. ثم لأم. ثم لأب. ثم بنات الأخ الشقيق. ثم لأم. ثم لأب. ثم العمات الشقيقات. ثم لأم. ثم لأب. ثم خالات الأب الشقيقات. ثم لأم. ثم لأب. ثم عمات الأم كذلك. ثم عمات الأب كذلك.

وإنما قدمت جهة الأمومة هنا على جهة الأبوة لأن ولاية الحضانة مستفادة من جهة الأم فكل من يدلى بها أولى من غيره خلافاً للميراث .

وإن لم يوجد أحد من أقارب النساء على الترتيب السابق انتقل حق الحضانة إلى المحارم من العصبة على حسب ترتيبهم فى الميراث فالأبوة مقدمة على الأخوة . والأخوة مقدمة على العمومة وهكذا .

شروطها

يشترط فى الحاضنة :

١ — أن تكون حرة بالغة عاقلة .

٢ — أن تكون أمينة على الولد قادرة على القيام بشئونه وحسن أخلاقه .

٣ — أن تكون ذات رحم محرم من الصغير .

٤ — ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير .

وإذا كانت الأم عاملة وتصلح ظروف عملها الذى تقوم به بإرضاع ولدها فى الأوقات الواجبة وكان لها خادم يقوم بملاحظة الصغير تعتبر قادرة على صيانته وحفظه . وقد عملت بهذا المبدأ بعض المحاكم فقضت محكمة أسيوط الشرعية فى ١٥ / ١٠ / ١٩٤٧ بتأييد ذلك واعتباره .

أجرة الحضانة

تستحق الحاضنة أجرة الحضانة لإرضاعها الصغير إن لم تكن زوجة لأبيه أو معتدة من طلاق رجعى أو بائن على الأرجح . وهى واجبة فى مال الولد نفسه إن كان له مال وإن لم يكن له مال فأجرة الحضانة على من تجب نفقته عليه .

وإذا كانت الحاضنة هى الأم تستحق أجرة الحضانة من تاريخ قيامها بالحضانة فعلا ولا يتوقف وجوبها على قضاء أو تراض :

وإذا كانت غير الأم فلا تستحق الأجرة إلا من تاريخ الحكم بها أو التراضي عليها .

مدة الحضانة

يرى المتقدمون من الفقهاء أن مدة الحضانة للغلام تنتهي إذا كان يستطيع أن يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده . وللفتاة إذا وصلت إلى سن البلوغ الطبيعي . وقدره بعضهم بسبع سنين بالنسبة للغلام . وتسع سنين بالنسبة للفتاة لحاجتها إلى مدة أكثر تتعود فيها أخلاق النساء وعاداتهن وشئون المنزل .

وقد كان عمل المحاكم الشرعية جارياً على ذلك حتى صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فجعل هذه المدة حداً أدنى لسن الحضانة . وجعل لها حداً أعلى وهو تسع سنين للغلام وإحدى عشرة للفتاة وهو رأى لبعض فقهاء الحنفية . فأعطى القاضي حرية المد إلى سنتين أو بعضهما زيادة عن المدة المحددة أصلا مراعاة لحق الصغير إذا رأى المصلحة تقضي بذلك .

مكان الحضانة

إذا كانت الزوجية قائمة بين الأم ووالد الصغير فيجب على الأم أن تمسك الولد في بيت الزوجية . وكذلك إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن لأنها مأمورة بالإقامة فيه إلى نهاية العدة . وليس لها أن تنتقل بالصغير إلى بلد آخر لم يكن تم فيه عقد زواجهما ولا يستطيع والده أن يراه . وأما إذا كانت البلد الذي تريد أن تنقل إليه الصغير قريباً بحيث يستطيع والده أن يراه ويعود في نفس اليوم فيجوز لها ذلك . وهذا إذا كانت الحاضنة هي الأم . وأما إذا كانت غير الأم فلا يجوز أن تنتقل بالصغير إلى أي جهة إلا بإذن الأب .

الوصية

الوصية والإيصاء عند علماء اللغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته . وفى اصطلاح الفقهاء الوصية تصرف فى التركة مضاف إلى ما بعد الموت . والإيصاء جعل الغير وصياً على أولاده بعد موته .

وفى الوصية نقل الملكية إلى الغير فهى من أسباب نقل الملكية باختيار الشخص وإرادته وتقابل نقل الملكية جبراً بطريق الميراث إذ هو حكم الشارع لا دخل للإنسان فيه .

والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك . ولكن أجازها التشريع الإسلامى لشدة حاجة الناس إليها . فطبيعة الإنسان الغرور بأمله والتقصير فى عمله . فإذا عرض له عارض وخاف الموت يحتاج إلى تدارك ما فاته من التقصير فى الواجبات . ويرى أنه فى حاجة إلى تعويض هذا الإهمال وما وقع منه من تفريط فيما كان عليه من حقوق لنفسه أو لغيره . فأجازها الشارع لدفع هذه الضرورات .

وثبتت شرعيتها بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين . ومن السنة قوله صلوات الله وسلامه عليه إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم . وقام الإجماع على شرعيتها فلم ينقل ما يخالف ذلك . وهى مستحبة ومندوب إليها إذا لم يكن على الشخص حق واجب لله تعالى . فإن كان عليه حق مستحق لله تعالى كالزكاة والصيام والحج أو ديون للعباد فهى واجبة .

ركنها

الوصية كسائر أنواع العقود ركنها الإيجاب والقبول غير أنهم قالوا إنها تصح بالإيجاب فقط لأنها من عقود التبرعات التي توجد من جانب الشخص الذى يقوم بالتبرع فلا تتوقف على وجود إرادة ثانية . ولكنها لا تلزم إلا بالقبول لجواز أن يكون فى ثبوت الملك وإلزامه إضرار بالموصى له كما إذا كان الموصى مشهوراً بامتنانه على الناس بما يحمل أو كان الموصى به لا فائدة منه بل يحمل غيره أثقال متاعبه مثل ما إذا أوصى لغيره بعبد زمن أو مقعد .

مقدارها

أباح الشارع الوصية بمقدار ثلث التركة فقط دون حاجة إلى إجازة الورثة لما روى أن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال . جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يا رسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى إلا ابنة لى . افأتصدق بثلثى مالى قال لا . قلت فالشطر يا رسول الله قال لا . قلت فالثلث . قال الثلث والثلث كثير أو كبير . إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس .

ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال . ولا تجوز بما زاد عن الثلث إلا بإجازة الورثة لأن المنع كان لحقهم فإذا أجازوا ما زاد عن الثلث فقد أسقطوا حقهم وكأنه تبرع صدر منهم وما على المحسنين من سبيل . وإذا أجاز البعض ولم يجز الآخر تنفذ فى حق المجيز دون غيره .

واختلف الفقهاء فى وقت تقدير الثلث . فقيل يوم الوصية ولا عبرة بما يحدث بعد ذلك لأنه عقد والعقود تعتبر بأولها .

وقيل يوم الوفاة سواء قسمت التركة وفرزت الأنصباء أم لا ، لأن هذا هو وقت تمليك الوصية .

وقيل يوم القسمة وفرز الأنصباء لأنه الوقت الذى تنفذ فيه الوصية بالفعل ويستقر فيه الملك . والظاهر الرأى الثانى وهو اعتبار يوم الوفاة .

الرجوع عن الوصية

بينا فيما سبق أن الوصية من عقود التبرعات فهى عقد غير لازم . وتصح بالإيجاب فقط ومن ذلك يظهر أن الموصى يجوز له أن يرجع فى جميع ما أوصى به أو فى بعضه فى أى وقت شاء . والرجوع نوعان :

١ — صريح وهو ما كان بلفظ دال على ذلك صراحة كقوله رجعت فى وصيتى أو أبطلتها .

٢ — وضمنى وهو ما إذا أوصى بعين لآخر ثم تصرف فيها تصرفاً يخرجها عن ملكه نهائياً فى حياته كبيعها لشخص آخر .

اختلف الفقهاء فى إنكار الوصية فقال الإمام محمد إنه لا يعتبر رجوعاً عنها لأن إنكارها بعد وقوعها يكون كذباً والكذب لا يتعلق به حكم ، ويرى المالكية وبعض الحنفية أن إنكارها تبطل به الوصية لأنه نفى لوجودها فى الماضى والحال فهو أقوى من الرجوع الصريح . وقد أخذ قانون الوصية الجديد برأى الإمام محمد فى ذلك مع مخالفته للظاهر . فنصت المادة ١٩ منه على ما يأتى :

(لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جحدها . ولا إزالة بناء العين الموصى

بها ، ولا الفعل الذى يزيل اسم الموصى له أو يغير معظم صفاته . ولا الفعل الذى يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصى يقصد بذلك الرجوع عن الوصية) .

شروطها

للوصية شروط فى صيغتها . وفى الموصى . وفى الموصى به.وفى الموصى له. فمن حيث الصيغة تصح إذا كانت منجزة أو مضافة أو معلقة .

فالمنجزة هى التى تدل على وجودالتصرف فى الحال .والمضافة هى ما دلت على وقوع العقد فى الحال ولكن يتأخر تنفيذه إلى وجود المضاف إليه زمناً أو شرطاً والمعلقة هى ما دلت على وجود شىء آخر فلا يتحقق العقد إلا إذا وجد الشرط المعلق عليه .

والأصل فى جميع التصرفات أن تكون منجزة ولكن عقد الوصية يخرج عن هذا الأصل لأن وضعه وتشريعه يخالف ذلك فتصح بالمتنجيز والتعليق والإضافة .

شروط الموصى

١ — أن يكون عاقلا مميزاً فلا تصح وصية المجنون والمعتوه والصبى .

٢ — الرضا فلا تصح وصية المكره والهازل والمخطىء .

٣ — ألا يكون مديناً بدين يستغرق كل ماله .

شروط الموصى به

١ — أن يكون مالا أو حقاً يجرى فيه التوارث كالنقود والعقارات وحق الشرب وحق المسيل .

٢ — أن يكون متقوماً عند الموصى والموصى له فلا تصح الوصية بالخمر والخنزير من المسلم وله وتصح من النصرانى لمثله أو ليهودى .

٣ — أن يكون موجوداً فلا تصح الوصية بشى معدوم .

٤ — أن يكون مملوكا للموصى فلا يصح لشخص أن يوصى بشىء مملوك لغيره .

٥ — أن يكون فى حدود ثلث التركة . فاذا زاد عن الثلث لا ينفذ ويتوقف ذلك على أجازة الورثة ،

شروط الموصى له

١ — ألا يكون الموصى له جهة معصية فى ديانة الموصى . فلا يصح للمسلم أن يوصى بعمل ناد للقمار كما لا يصح له أن يوصى باقامة كنيسة للنصارى أو معبد لليهود لأنه غير قربة فى ديانته . وأما إذا كان الموصى غير مسلم فيشترط أن يكون الموصى له غير محرم فى ديانته وفى الديانة الإسلامية وجاء فى المادة الثالثة من قانون الوصية الجديد ما يأتى :

(يشترط فى صحة الوصية ألا تكون بمعصية وألا يكون الباعث عليها منافياً لمقاصد الشارع . وإذا كان الموصى غير مسلم صحت الوصية إلا إذا كانت محرمة فى شريعته وفى الشريعة الإسلامية) .

٢ — أن يكون الموصى له معلوماً ، فإذا كان مجهولا جهالة لا يمكن رفعها فلا تصح كما إذا أوصى لطالب فى جامعة الأزهر .

٣ — ألا يكون الموصى له قاتلا للموصى ولا وارثاً له عند موت الموصى. فإذا كان وارثاً عند إنشاء الوصية . وعند وفاة الموصى حجب لوارث فأصبح غير وارث صحت الوصية له .

الوصية الواجبة

لم يكن قبـل صدور قانون الوصية الجديد رقم ٧١ الصـادر فى ٢٤ من يونية سنة ١٩٤٦ من يوجب على أى شخص نوعاً من الوصايا . وإنمـا كان أمر ذلك إلى الإستحباب شرعاً حتى جاء قانون الوصية المشار إليه بوصية واجبة تنفذ جبراً بحـكم القانون لصنف من الأقارب حرموا من الميراث لوجوب حاجب لهم بمقدار معين وشروط محددة .

من تجب له هذه الوصية

تجب هذه الوصية لفرع من يموت فى حياة والديه حقيقة أو حـكما من أولاد الذكور مهما نزلوا ومن أولاد الإناث للبطن الأول فقط المحصور فى ابن البنت وبنت البنت .

دليلهـا

روى عن جمع من التابعين وأئمة الحديث والفقة أن الوصية واجبـة للأقربين غير الوارثين . ونقل عن طاوس (إذا أوصى لغير قرابته ردت الوصية إلى قرابته ونقض فعله) واستند هؤلاء فى رأيهم هذا إلى قوله تعالى: « كتب عليـكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين » .

ووجه الإستدلال بهذه الآية . أن كتب بمعنى فرض . وحقاً أى ثابتـاً . وهاتان الـكلمتان أبلغ مايدل على الوجوب والإلزام .

ويرى ابن حزم فى الوصية ما يأتى :

(الوصية فرض على كل من ترك مالا ومن مات ولم يوص ففرض أن

يتصدق عنه بما تيسر ولا بد لأن فرض الوصية واجب . وفرض على كل مسلم أن يوصى لقرابته الذين لا يرثون إما لرق وإما لأن هناك من يحجبهم عن الميراث أو لأنهم لا يرثون فيوصى لهم بما طابت به نفسه لا حد فى ذلك فإن لم يفعل أعطوا ولا بد ما رآه الورثة أو الوصى .

ويرى فى المقدار الواجب أن يعطى للموصى له أنه يجوز أن يحده الموصى أو الورثة بمثل نصيب الأب ويجوز تقديره بأقل أو بأكثر كما يجوز عنده أن تكون الوصية لبعض الأقربين دون بعض .

وجاءت المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ بهذا النوع من الوصية ونصها ما يأتى :

مادة ٧٦ إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب فى حدود الثلث بشرط أن يكون غير وارث وأن لا يكون الميت قد أعطاه بغير عوض من طريق تصرف آخر قدر ما يجب له ، وإن كان أعطاه أقل منه وجبت له وصية بقدر ما يكمله . وتكون هذه الوصية لأهل الطبقة الأولى من أولاد البنات. ولأولاد الأبناء من أولاد الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه دون فرع غيره . وأن يقسم نصيب كل أصل على فرعه وإن نزل قسمة الميراث كما لو كان أصله أو أصوله الذين يدلى بهم إلى الميت ماتوا بعده . وكان موتهم مرتباً كترتيب الطبقات .

مادة ٧٧ إذا أوصى الميت لمن وجبت له الوصية بأكثر من نصيبه كانت الزيادة وصية إختيارية . وإن أوصى له بأقل من نصيبه وجب له ما يكمله . وإن أوصى لبعض من وجبت لهم الوصية دون البعض الآخر وجب لمن لم يوص له قدر نصيبه .

ويؤخذ نصيب من لم يوص له . ويوفى نصيب من أوصى له بأقل مما وجب من باقى الثلث . فإن ضاق عن ذلك فمنه ومما هو مشغول بالوصية الإختيارية .

مادة ٧٨ الوصية الواجبة مقدمة على غيرها من الوصايا . فإن لم يوص الميت لمن وجبت لهم الوصية . وأوصى لغيرهم استحق كل من وجبت له الوصية قدر نصيبه من باقى ثلث التركة إن وفى وإلا فمنه ومما أوصى به لغيرهم .

ومما تقدم يتبين أن القانون استند فى تقرير مبادئه التى قصرت الوصية الواجبة على أولاد الفروع الذين ماتوا فى حياة والديهم على رأى ابن حزم وآية الوصية السابقة فى سورة البقرة . وما لولى الأمر من حق تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة والشخص .

فله حينئذ أن يحدد الأقربين بأولاد الأولاد على الترتيب الوارد فى القانون وأن يأمر بإعطائهم نصيب أصلهم فى الميراث لو كان حياً .

مقدارها

تجب الوصية لولد الفرع المتوفى بمثل ما كان يستحقه الولد المتوفى لو كان حياً بشرط ألا يزيد ذلك على ثلث التركة . فإن أوصى المورث بهذا المقدار لولد الفرع المتوفى فى حياته كان بها وإلا نفذت الوصية بالقدر المستحق فى ماله بحكم القانون ، وإن أوصى له بأقل مما يستحق من والده لو كان حياً كمل له نصيبه الذى كان يستحقه بشرط ألا يزيد على الثلث . وإن أوصى له بأكثر كان الزائد مثل الوصية الإختيارية ويأخذ حكمها .

شروطها

١ — ألا يكون ذلك الفرع المستحق للوصية الواجبة وارثاً من صاحب التركة فإن كان وارثا ولو مقداراً قليلا فلا يستحقها .

٢ — ألا يكون المتوفى قد أعطى ذلك الفرع بغير عوض ما يساوى مقدار الوصية الواجبة فان فعل ذلك لم تجب له وصية فى تركة المتوفى .

٣ — ألا يكون الفرع المستحق للوصية الواجبة قاتلا للمورث . وجاء فى المادة ١٧ من القانون مايأتى :

يمنع من الوصية الإختيارية أو الوصية الواجبة قتل الموصى أو المورث عمداً سواء أكان القاتل فاعلا أصلياً أم شريكا أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصى وتنفيذه وذلك إذا كان القتل بلا حق ولا عذر . وكان القاتل عاقلا بالغاً من العمر خمسة عشرة سنة . ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى .

كيفية تقسيمها

تقسم الوصية الواجبة كقسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين . وما يخص كل أصل يقسم على فرعه كذلك بالطريق الآتى :

١ — نفرض الفرع الذى توفى فى حياة والديه حياً ونقدر نصيبه كما لو كان موجوداً .

٢ — نخرج هذا المقدار من أصل التركة إن كان أقل من الثلث وإلا فنقتصر على إخراج الثلث .

٣ — نقسم الباقى على الورثة الموجودين بعد ذلك من غير نظر إلى فرع

المتوفى حيث إنه محجوب من الميراث وقد أخذ عوضاً عن هذا الحجب بالوصية الواجبة .

تزاحم الوصايا

إذا تعددت الوصايا فيقدم فى التنفيذ الوصية الواجبة قانونا . ثم بعد ذلك الوصايا الإختيارية . على ألا يزيد كل ذلك عن ثلث التركة . فاذا استغرقت الوصية الواجبة الثلث فلا سبيل إلى تنفيذ شىء من الوصايا الإختيارية . وإن بقى منه شىء فتنفذ الوصايا الإختيارية فيما بقى من الثلث بنسبة قيمتها إن لم يحدد الموصى ترتيباً فى التقديم والتأخير .

علم الميراث

الأرث لغة البقاء ، وشرعا ، أسم لما يرثه الناس من الأموال والحقوق . والوارث الباقى وهو أسم من أسماء الله تعالى وسمى به الوارث من بنى الأنسان لبقائه بعد موت المورث .

حكمة مشروعيته

١ — فى نظام التوريث تحقيق غايات الميت فى حفظ كرامته ودوام ذكره .
٢ — وتوثيق الصلات والروابط وتقويه روح التعاون بين أفراد الأسرة وفى ذلك صلاح المجتمع .
٣ — ومن محاسن هذا التشريع أنه جاء بزيادة الأنصباء لكثرة التبعات واحتمال المشاق والمتاعب .

أركانه

١ — مورث وهو الميت المالك لمال أو حق من الحقوق كحق الشرب وحق الأرتفاق .
٢ — وارث وهو الشخص الذى يصلح أن يكون خليفة عن الميت .
٣ — موروث وهو المال والحقوق التى تورث كحق الشرب وحق المسيل.

أسبابه

يستحق الأرث بواحد من ثلاثة :

١ — الزوجية الصحيحة سواء حصل دخول أم لا . وأما الزواج الفاسد والباطل فيرى علماء الفقه الإسلامى أنه لا يصلح سبباً للميراث إن كان الفساد

أو البطلان متفقا عليه فى عقد الزواج . وأما إن كان موضع خلاف كزواج العاقلة البالغة نفسها من غير إذن وليها . فحكمه أن الزواج أن بقى قائماً ولم يتعرض له أحد الأولياء بطلب الفسخ إلى أن حصلت الوفاة فيتوارثان . وأن تعرض للنزاع وطلب أحد الأولياء فسخ العقد فلا يتوارثان .

وإذا طلق الزوج زوجته فإن مات بعد انقضاء العدة فلا توارث لانقطاع آثار الزوجية وإن مات فى أثناء العدة فإن كان الطلاق رجعياً فالتوارث ثابت لبقاء الزوجية إذ تقرر شرعا أن الطلاق الرجعى لا يزيل الحل ولا يزيل الملك. وإن كان الطلاق بائناً فإن ظهر أنه يقصد الفرار من الميراث كما إذا طلقها فى مرض الموت من غير رضاها يعامل بنقيض مقصوده فترث منه ولا يرث منها وإن لم يقصد الفرار من الميراث كما إذا طلقها وهو صحيح معافى ومات فجأة أو بعد طلبها للطلاق فلا توارث .

٢ — القرابة وهى كل صلة سببها الولادة . والتوارث بهذين السببين ثابت بالكتاب والأجماع .

٣ — الولاء ـ وهو نوعان ـ ولاء عتاقة . وولاء موالاة . فولاء العتاقة هو قرابة حكمية حاصلة بسبب العتق يثبت بها حق إرث السيد وعصبته لمن اعتقه من العبيد لما روى من أن النبى عليه السلام قال لرجل أعتق عبداً عنده (أن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته) . وإنما كان الميراث للسيد دون العبد لأن السيد أنعم على عبده بالأعتاق فجوزى باستحقاق الأرث صلة له وتكريما . وقد أقر قانون المواريث الجديد بقاء ولاء العتاقة من الأسباب مع تحريمه قانوناً وانعدامه الآن فى ديارنا لاتفاق الفقهاء على أنه من أسباب الميراث وبقاء آثاره فى بعض الممالك الأسلامية .

ولاء الموالاة : وهو عقد بين عربى وعجمى أسلم يقتضى أن يعقل العربى

عن الأعجمى إذا جنى جناية على أن يرثه إذا مات . وجمهور الفقهاء يرون أن ولاء العتاقة ليس من الأسباب الموجبة للميراث .

وذهب الحنفية إلى أنه سبب من أسباب الميراث فيصح التوارث به .

وقد أخذ قانون المواريث الجـــديد برأى جمهور الفقهاء فلم يعتبره من أسباب الميراث .

شروط الإرث

شروطه ثلاثة :

١ — موت المورث حقيقة أو حكماً .
٢ — تحقق حياة الوراث حقيقة أو حكماً .
٣ — إلا يوجد مانع من موانع الميراث .

موانع الميراث

١ — الرق : وهو الذل الذى ركبه الله على بعض عباده جزاء استنكافهم عن طاعته واعراضهم عن قبول دعوته ولا يرث الرقيق بجميع أنواعه . ولم يذكر قانون المواريث الجديد هذا النوع من موانع الميراث مع إتفاق الفقهاء عليه لأنه غير موجود فى ديارنا المصرية بل محظور ومعاقب عليه قانوناً من قرابة سبعين عاماً فليس هناك فائدة عملية من التنصيص عليه .

٢ — القتل : وقد اتفق الفقهاء إن القاتل لا يرث مقتوله لقوله عليه السلام (ليس للقاتل شىء) ولأننا لو أبحنا أن يرث القاتل والقتل من أشد الجرائم الإنسانية لكانت هذه الجريمة المنكرة سبباً فى الحصول على نعمة المال والثراء المباح وذلك غير معهود فى التشريع . .

واختلف الفقهاء فى حقيقة القتل المانع من الميراث :

فيرى الحنفية أنه القتل الموجب للقصاص أو الكفارة مع الدية .

وذهب الشافعية إلى أن وصف القتل إذا تحقق بأى أعتبار كان فهو مانع من الميراث ولو كان قاضياً أو منفذا لأحكام الغير . فالمدار عندهم وجود الوصف .

وقال المالكية أنه القتل العمد العدوان من غير عذر . ومن الأعذار عندهم ما إذا فاجأ الزوج زوجته أو إحدى محارمه تزنى فقتلها مع الزانى ومجاوزة حد الدفاع الشرعى عن النفس .

ومذهب الحنابلة أن القتل إذا أوجب عقوبة مالية أو غير مالية فهو مانع من الميراث وإلا فلا .

وقد قرر قانون المواريث أن القتل المانع من الميراث هو القتل عمداً عدوانا سواء أكان فاعلا أصليا منفرداً أما شريكا أم متسبباً أم شاهد زور أدت شهادة إلى الحكم بالأعدام ونفذ واشترط ما يأتى : —

(ا) أن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية .

(ب) ألا يكون القتل فى حال الدفاع الشرعى عن النفس والمال ،

(ح) ألا يكون القتل بعذر . ومن الأعذار ما إذا فاجأ الزوج زوجته أو إحدى محارمه تزنى فقتلها مع الزانى وما إذا هجم المورث على وارثه ليصيبه باضرار فدافع عن نفسه وقتله متجاوزاً حد الدفاع الشرعى . وذلك فى المادة الخامسة من القانون . ومن ذلك يتبين أنه مستند إلى مذهب المالكية رضى الله عنهم .

٣ — اختلاف الدين ، لا توارث بين المسلم وغير المسلم لقول النبى عليه السلام (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم) ولأنه لا تناصر بينهم .

وأختلاف ملل الكفار لا يمنع التوارث فيما بينهم لأن الكفر كله ملة واحدة ولقول النبي عليه السلام (الناس كلهم حيز ونحن حيز) .

ميراث المرتد

المرتد هو الراجع عن الدين الأسلامى واتفق الفقهاء على أن المرتد لا يرث قريبه المسلم لأنه فى حكم الميت . ولا يرث غير المسلم سواء أتفق معه فى الدين الجديد أم خالفه لأن فى ذلك إقراراً لحالة الأرتداد وقد قضى الإسلام بعدم إقراره عليها واعتباره ميتاً .

ويورث عنه ماله الذى كسبه قبل الردة أو بعدها عند الصاحبين . ويرى الإمام أبو حنيفة أن ما كسبه بعد الردة يكون فيئاً لبيت المال أن كان ذكراً لأنه ليس أهلا للملك فلا يثبت حق للورثة فى هذه الحالة .

٤ — أختلاف الدار :ـ اختلاف الدار بين المسلمين لا يمنع التوارث بين المسلمين مهما تباعدت ديارهم وأما غير المسلمين فيقول الحنفية أن اختلاف الدار يمنع التوارث بينهم لأنقطاع الولاية والتناصر . ويرى المالكية أن أختلاف الدار بين غير المسلمين لا يمنع التوارث كما لا يمنع بين المسلمين .

والمراد باختلاف الدارين أختلافهما فى المنعة والملك كان يكون أحد الملكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك وله دار ومنعة أخرى وانقطعت الصلة بينهم واستحل كل منهم قتال الآخر فهاتان الداران مختلفتان فينقطع التوارث بينهم .

وجاء فى القانون الجديد للمواريث إن أختلاف الدارين غير المسلمين يكون مانعاً من الإرث إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع توريث الأجنبي

عنها أما إذا كانت لا تمنع فالعدل يقضى بالتساوى فلا منع ونصت على ذلك المادة السادسة من القانون ومنها يتبين أن القانون مستند فى هذا إلى مذهب المالكية إلا فى حالة ما إذا كانت الدولة الأجنبية لا تمنع التوارث مع دولة أخرى .

الحقوق المتعلقة بتركة الميت

التركة هى ماتركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه . وعلى هذا فيبدأ من تركة الميت بما يأتى :

١ — تجهيزه وتكفينه هو ومن كان ملزما بتجهيزه وتكفينه إذا مات قبله والمراد الكفن المتوسط دون تبذير أو تقتير .

٢ — تسديد ديونه : والمراد ديون العباد على بعضهم وتقدم ديون الصحة على ديون المرض إذا كانت ثابتة بالأقرار . وأما إذا كانت ثابتة بالبينة فهى سواء وإنما قدم الدين على الوصية مع تقديمها ذكرا فى قوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) لأن الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى .

٣ — تنفيذ الوصايا : والوصية تصرف فى التركة مضاف إلى مابعد الموت وهى مشروعة بقول النبى عليه السلام (إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى حسناتكم فضعوه حيث شئتم) فأباحها ظاهر التشريع الإسلامى فى ثلث المال من غير توقف على أجازة الورثة إذا كانت لأجنبى وفيما زاد على الثلث لا تنفذ إلا باجازتهم وقانون الوصية الجديد رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ إباحها فى الثلث من غير أجازة الورثة سواء أكانت لاجنبى أولوارث فى المادة السابعة والثلاثين .

فتنفيذ الوصايا على هذا الطريق ومن ذلك الوصية الواجبة فى القانون الجديد .

٤ — تقسيم الباقى بين الورثة المستحقين للأرث .

الوصية الواجبة

يجب على الشخص أن يوصى لفرع ولده المتوفى فى حياته بمثل ما كان يستحقه هذا الولد لو كان حيا عند موته إذا لم يستحق هذا الفرع شيئا من التركة مهما نزلت درجته إن كان المتوفى فى حياة أحد والديه ذكرا بشرط أن لا تتوسط أنثى فإن توسطت أنثى سقط من بعدها من الطبقات التى تليها وإن كان أنثى فلا يستحق من فرعها إلا الطبقة التى تليها فقط . وكل فرع موجود يحجب من يتصل بالميت عن طريقه ولا يحجب من لايتصل عن طريقه ولو كان فى طبقة أسفل منه.

سبب تشريعها

ثبت بالتجارب أن الشخص يموت فى حياة والديه ويترك ذرية ضعافاً لا عائل لهم ومقتضى توزيع التركات يحرمهم من مال كانوا يستحقونه لو عاش والدهم إلى مابعد وفاة والديه وبذا يعيشون فى فقر مدقع مع أن أعمامهم يكونون فى سعة من العيش ورغد الحياة . لهذا رأى ولاة الأمور أن يجعلوا مبدأ عاما لإنقاذ البشرية مما قد يعتريها من صدمات قاسية وسموه الوصية الواجبة واعتمدوا فى ذلك على بعض النصوص القرآنية وآراء بعض الفقهاء .

دليل مشروعيتها

روى عن جمع من التابعين وأئمة الحديث والفقه أن الوصية واجبة للأقربين غير الوارثين . وجاء فيما نقل عن طاوس (إذا أوصى لغير قرابته

ردت الوصية الى قرابته ونقض فعله) وقال تعالى فى سورة البقرة (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الآية) وهى تدل بمنطوقها على وجوب الوصية للقريب مطلقا وترك العمل بها فى القريب الوارث أما بآية المواريث أو بحديث لا وصية لوارث فبقيت نصاً فى القريب غير الوارث .

مقدارها

تكون الوصية الواجبة بمثل ما كان يستحقه الولد المتوفى لو كان حيا بشرط ألا يزيد ذلك على ثلث التركة فإن أوصى المورث بهـــذا المقدار كان بها وإلا نفذت الوصية فى ماله بحكم القانون . وإن أوصى له بأقل مما يستحق من والده لو كان حياً كمل له نصيبه الذى كان يستحقه بشرط ألا يزيد على الثلث . وإن أوصى له بأكثر كان الزائد مثل الوصية الاختيارية ويأخذ حكمها .

أمثلة للتطبيق على الوصية الواجبة

١ — توفى رجل عن زوجة . وبنتين . وأخت شقيقة . وبنت ابن توفى أبوها فى حياة والده .؟

الحـــل

يخرج ثلث التركة لبنت الابن بالوصية الواجبة لأن والدها لو كان حيـا لاستحق أكثر من الثلث . والباقى يوزع ميراثا كالآتى : —

للزوجة الثمن . وللبنتين الثلثان . وما بقى فهو للأخت الشقيقة تعصيباً . وسيكون نصيب بنت الابن فى هذه الحالة اكثر من نصيب البنت الصلبية ولا حرج فى هذا لأنها أخذت وصية فلم تزد عنها ميراثاً .

٢ — توفى رجل عن بنت وابن . وابن بنت بنت توفيت والدتها فى حياة والدها وبنت ابن ابن توفي ابوها في حياة والده .

الحـــل

ثلث التركة لبنت ابن الابن بالوصية الواجبة . ولا يستحق ابن بنت البنت شيئاً لأن أولاد البنات لا يستحق منهم بالوصية الواجبة إلا البطن الأول فقط . والباقى بعد ذلك يوزع بين البنت والابن تعصيباً للذكر مثل حظ الانثيين ميراثاً .

٣ - توفى رجل عن زوجة وبنت ، وأخت شقيقة . وبنت ابن توفى أبوها فى حياة والده ؟

الحـــل

للزوجة الثمن . وللبنت النصف . ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين ولا يستحق شيئاً بالوصية الواجبة لأنها وارثة . والباقى للأخت الشقيقة تعصيباً .

٤ - توفى رجل عن ابن . وابن وبنت لبنته التى توفيت فى حياته ، وبنت لبنته الأخرى التى توفيت فى حياته أيضاً وابن وبنت لابن توفى فى حياته كذلك ، وابن ابن لابن آخر توفى فى حياته .

الحـــل

ثلث التركة يعطى لهؤلاء جميعاً بالوصية الواجبة ويقسم أسداساً . سدس لفرعى البنت الأولى للذكر مثل حظ الانثيين وسدس لفرع البنت الثانية . وسدسان لفرعى الابن الأول للذكر مثل حظ الانثيين . وسدسان لفرع الابن الآخر وحده . ومعنى هذا أن يأخذ كل فرع ما كان يستحقه أصله والباقى بعد ثلث التركة يأخذه الابن ميراثاً بطريق التعصيب .

٥ - توفى رجل عن ولدين وبنت بنت توفيت فى حياته . وأوصى للجمعية الخيرية الإسلامية بما يعدل ثلث التركة .

الحـــل

مقدار خمس التركة لبنت البنت المتوفاة أمها وهو ما يعدل نصيب أمها لو كانت حية . ويؤخذ هذا الخمس من الوصية الخاصة بالجمعية الخيرية الإسلامية لأنها وصية اختيارية وتنفذ هذه الوصية الاختيارية فيما بقى من الثلث . والباقى وهو أربعة أخماس يقسم بين الولدين بالتساوى ميراثاً .

ترتيب الورثة فى استحقاق الميراث

الترتيب كما رآه الفقهاء	الترتيب الوارد فى القانون
١ - ذوو الفروض	١ - ذوو الفروض
٢ - العصبات النسبيه	٢ - العصبات النسبية
٣ - العصبات السببية	٣ - الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين.
٤ - عصبة العاصب السببى	٤ - ذوو الأرحام
٥ - الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين	٥ - الرد على أحد الزوجين
٦ - ذوو الأرحام	٦ - العصبة السببية
٧ - مولى الموالاة	

وبالمقارنة بينهما نرى أن القانون أخر العاصب السببى عن ذوى الأرحام وذلك لأن قرابة ذوى الأرحام قرابة حقيقية وقرابة العاصب السببى حكمية والحقيقية أولى بالتقديم من الحكمية . وأثبت الرد على أحد الزوجين لأننا لو لم نقل بالرد عليه لانتقل الإرث إلى بيت المال وأحد الزوجين أولى لفساد الزمان وظلم الحكام . وحذف مولى الموالاة لانفراد الحنفية بجعله من الورثة وعدم وجوده الآن .

واتفق الفقهاء على أنه إذا لم يوجد أحد المستحقين للتركة على الوجه المتقدم فتصرف بالترتيب الآتى :

١ — المقر له بنسب فيه تحميل على الغير .

٢ — الموصى له بأكثر من الثلث .

٣ — بيت المـال .

الفروض

الفرض هو النصيب الذى قدرته الشريعة الإسلامية للوارث لا يزيد إلا بالرد ولا ينقص إلا بالعول . والفروض المقدرة فى الميراث هى ستة الثمن والربع والنصف والسدس والثلث والثلثان وهى مذكورة كلها فى آية المواريث فى سورة النساء .

وزاد بعض الفقهـاء فرضاً سابعاً وهو ثلث الباقى للأم فى المسألتين الغراوين أو العمريتين وهو ثابت باجتهاد سيدنا عمر . وهما زوج . وأم . وأب . أو زوجة وأم وأب .

وأصحاب هذه الفروض هم :

الزوج - الزوجة - الأم - الأخوة والأخوات لأم - وهؤلاء ميراثهم على الدوام يكون بالفرض فقط . الأب - الجد - وهما يرثان بالفرض والتعصيب فقط وبهما معا - البنات - بنات الابن - ويرثان بالفرض فقط وبالتعصيب بالغير الأخوات الشقيقات والأخوات لأب - ويرثان بالفرض فقط - وبالتعصيب بالغير والتعصيب مع الغير . ومن أصحاب الفروض من لا يحجب حجب حرمان أصلا وهم الزوج والزوجة والأم والأب والبنات . وها هو ذا تفصيل استحقاق أصحاب الفروض .

الزوج

النصف عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى .
الربع عند وجود الفرع الوارث .

الزوجة

الربع عند عدم الفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى .
الثمن عند وجود الفرع الوارث.

الأخوة والأخوات لأم

لأولاد الأم ثلاث حالات :

١ - السدس للواحد ذكراً كان أم أنثى .
٢ - الثلث لاثنين فأكثر يستوى فيه الذكر والانثى .
٣ - الحجب بالفرع الوارث ذكراً كان أم أنثى وبالأصل الذكر .

الأم

لها ثلاث حالات :

١ - السدس إذا كان للميت فرع وارث ذكرا كان أم أنثى أو إثنان فأكثر من الإخوة والأخوات من أى جهة كانوا متحدين أو مختلفين .

٢ - الثلث إذا لم يكن للميت فرع وارث ولم يكن له إثنان فأكثر من الأخوة والأخوات - ثلث الباقى فى المسألتين الغراوين.

الجدات

الجدة الصحيحة وهى التى لم يدخل بينها وبين الميت جد فاسد كأم الأم وإن علت . وأم الأب وإن علت لها حالتان :

١ — السدس للواحدة فأكثر .

٢ — الحجب بالأم من أى جهة كن وحجب الأبويات بالأب وحجب البعدى منهن بالقربى ولو كانت محجوبة فمثلا أم الأب وإن كانت محجوبة بالأب تحجب أم أم الأم .

ملاحظة :

كل جدة يدخل فى نسبتها أب بين أمين فهى فاسدة كأم أبى الأم وأم أبى أم الأب .

الأب

له ثلاث حالات :

١ — السدس فرضاً عند وجود الفرع المذكر .

٢ — السدس فرضاً وما بقى من أصحاب الفروض تعصيباً عند وجود الفرع المؤنث .

٣ — التعصيب المطلق إذا لم يكن للميت فرع وارث مطلقاً .

الجد

الجد الذى يستحق الميراث هو الجد الصحيح وهو الذى لا يتوسط بينه وبين الميت أنثى كأب الأب وأب أب الأب وإن علا . وله الحالات الثلاث التى للأب عند عدم الأب ويحجب حجب حرمان بوجود الأب فلا يرث شيئاً مع وجوده . — ويرى بعض الفقهاء أن الأخوة والأخوات من أى جهة كانوا يحجبون بالجد كما يحجبون بالأب وبعضهم يرى أن الذى يحجب بالجد من الإخوات هو الأخوة والإخوات لأم فقط .

وجاء قانون الموارث الجديد بتوريث الأخوة والأخوات الشقيقات أو لأب مع الجد على الأوجه الآتية :

١ — إذا انفرد الأخوات من غير عاصب وهن مستحقات الميراث بطريق الفرض وفى هذه الحالة يأخذن فرضهن كما هو ويرث الجد ما بقى تعصيبا بشرط ألا يترتب على ذلك حرمانه أو نقص نصيبه عن السدس . وإن تبين أنه محروم إذا استحق أقل من السدس أعطى السدس كاملا .

٢ — إذا كان مع الأخوات عاصب أو كن عصبة مع البنات أو بنات الإبن فالجد يكون معهن بمنزلة أخ شقيق أو لأب فيرث كواحد منهم وله مثل حظ الأنثيين إذا كن عصبة مع الغير بشرط ألا يترتب على ذلك حرمانه أو نقص نصيبه عن السدس فإن تبين واحد من هذين أعطى السدس كاملا .

ومن كان محجوبا قبل الجد فإنه يستمر على حجبه فلا يدخل معه فى المقاسمة وذلك كما جاء فى المادة (٢٢) من القانون .

أمثله لبيان حال الجد مع الأخوة

١ — مات وترك أما . وأختا شقيقة . وأختا لأب .وجدا ؟

الحـــل

للأم السدس . وللأخت الشقيقة النصف . وللأخت الأب السدس تكملة للثلثين . والباقى وهو السدس للجد .

٣ — مات وترك بنتاً . وأختا شقيقة . وأختاً لأب . وجدا .؟

الحـــل

للبنت النصف . والأخت الشقيقة عصبة مع البنت فتحجب الأخت لأب

ويرث الجد الباقى معهما للذكر مثل حظ الأنثيين فله الثلث . ولها السدس .

٣ — مات وترك أما . واختنا شقيقة وأخا لأب . وأختا لأب وجدا؟

الحــــل

للأم السدس والاخت الشقيقة النصف . والأخ لأب مع أخته عصبه فلهما الباقى ولو قاسمهما الجد كأخ لقل نصيبه عن السدس فيأخذ السدس كاملا والباقى يقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

٤ — مات وترك أماً وزوجة وبنتين . وأختاً شقيقة . وجداً ؟

الحــــل

للأم السدس والزوجة الثمن والبنتين الثلثان . والأخت الشقيقة عصبه مع البنات فلو قاسمها الجد لقل نصيبه عن السدس فيأخذ السدس وتكون عاصبة وحدها ولم يبق لها شيء ولأن المسألة عائله .

٥ — مات وترك أما وزوجة وأختين لأب وجداً .

الحــــل

للأم السدس وللزوجة الربع وللأختين لاب الثلثان والجد عاصب فيأخذ مابقى بعد أصحاب الفروض ولم يبق شى فيكون محروما وعلى هذا فيأخذ السدس والمسألة عائلة .

البنات

للبنت ثلاث حالات :

١ — النصف للواحدة إذا انفردت ولم يكن معها عاصب .

٢ — الثلثان لاثنتين فأكثر إذا لم يكن معهما عاصب.

٣ ـ التعصيب بأخيها الذى هو ولد المتوفى . ولا تحجب حجب حرمان اطلاقاً .

بنات الإبن

لبنت الإبن ست حالات :

١ ـ الثلاث المذكورات فى البنات عند عدمهن وعدم الأبناء .

٤ ـ السدس مع البنت الصلبية الواحدة تكملة للثلثين سواء أكانت واحدة أم متعددة إلا إذا كان معها أخ فى درجتها فتصير عصبة به وتأخذ الباقى معه .

٥ ـ الحجب بمن هو أعلى منها درجة من الأولاد الذكور .

٦ ـ الحجب بالبنتين فأكثر إلا إذا كان بحذائها أو أنزل منها غلام فيعصبها ـ كما إذا مات وترك بنتين وبنت ابن وابن ابن فللبنتين الثلثان والباقى لبنت الابن وأخيها ولولاه لحرمت من الميراث فهو أخ سعيد .

الأخت الشقيقة

للأخت الشقيقة خمس حالات :

١ ـ النصف للواحدة إذا انفردت ولم يكن معها عاصب .

٢ ـ الثلثان لاثنتين فأكثر إذا لم يكن معها عاصب .

٣ ـ التعصيب بالغير إذا كان معها أخوها الشقيق .

٤ ـ التعصيب مع الغير إذا ترك الميت فرعا وارثا مؤنثا وإن نزل .

٥ ـ الحجب بالفرع الوارث المذكر والأب دون الجد .

الأخت لأب

للأخت لأب ست حالات :

١ — النصف للواحدة إذا انفردت ولم يكن معها عاصب . ولا أخت شقيقة .

٢ — الثلثان لاثنتين فأكثر إذا لم يكن معهما عاصب ولا أخوات شقيقات .

٣ — التعصيب بالغير إذا ترك الميت فرعا وارثا وإن نزل .

٤ — التعصيب بالغير إذا كان معها أخوها الذى هو من جهة الاب .

٥ — السدس مع الأخت الواحدة الشقيقة تكملة للثلثين .

٦ — الحجب بالفرع المذكر والأب والأخ الشقيق والأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير والأختين الشقيقتين إذا لم يكن معها أخ لأب فيعصبها .

العصبات

العاصب من ليس له سهم مقدر ويأخذ ما بقى بعد سهام ذوى الفروض وإذ انفرد أخذ جميع المال والعصبات نوعان عصبة نسبية وعصبة سببية .

فالعصبة النسبية ثلاث .

١ — عاصب بالنفس وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ولا يحتاج فى التعصيب إلى غيره وهم جهات أربع .

(أ) جزء الميت وهو الإبن وإن نزل

(ب) أصله وهو الأب وإن علا .

(ج) جزء جده وهم الاعمام .

(د) جزء أبيه وهم الاخوة .

٢ - عاصب بغيره - وهو كل أنثى صاحبة فرض تحتاج فى التعصيب إلى غيرها وتشاركه فى العصوبة وقد انحصر هذا النوع فى أربع من النساء هن البنات بنات الإبن الأخوات الشقيقات . الأخوات لأب . وكل واحدة منهن تصير عصبة بأخيها ولا تكون بنت الأخ الشقيق عصبة بأخيها . ولا العمة بأخيها وهو العم لانهما ليستا من ذوى الفروض .

٣ - عاصب مع غيره - وهو كل أنثى صاحبة فرض تحتاج فى التعصيب إلى غيرها ولا تشاركه فى العصوبة وانحصر هذا النوع فى الأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع المؤنث وإن نزل .

كيفية ترتيب العصبات

إذا انفرد واحد من العصبات أخذ الباقى وحده وإن تعددوا فإن تعددت جهاتهم فالتقديم بقوة الجهة فالبنوة مقدمة على الأبوة والأبوة مقدمة على الأخوة والأخوة مقدمة على العمومة مع ملاحظة أن يشارك الجد الاخوة وإن اتحدت جهتهم فالتقديم بقرب الدرجة فيقدم الابن على ابن الابن والأب على الجد والأخ على ابن الأخ . . وهكذا وإن اتحدت الجهة والدرجة فالتقديم بقوة القرابة فيقدم من كان لأبوين على من كان لأب .

وإن اتحدت الجهة والدرجة وقوة القرابة فهم سواء فى التعصيب والقسمة على عدد رؤسهم إن كانوا ذكورا فقط أو أناثا فقط وإلا فللذكر مثل حظ الانثيين كما جاء فى المواد (١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠) من القانون .

الميراث بوصفين

إذا تحقق فى شخص وصفان كل منهما موجب لاستحقاق فى الميراث فإنه يرث بالوصفين معا ويكون كشخصين متغايرين فمثلا إذا كان الزوج هو

ابن العم فإنه يرث بالفرض على أنه زوج وبالتعصيب على أنه ابن عم وهذا بخلاف ما إذا تعددت القرابة مع اتحاد الوصف الموجب للميراث كأم أم الأم التي تكون أم أم الأب فإنها لا ترث غير السدس بوصف كونها جدة ولا ينظر إلى تعدد القرابة كما جاء في المادة السابعة من القانون.

الحجب

هو منع الشخص من الميراث كله أو بعضه مع أهليته له وهو نوعان . حجب حرمان وحجب نقصان فحجب الحرمان هو منع الشخص من الميراث جميعه كحجب الأخ بالإبن . وحجب النقصان هو منع الشخص من سهم أكثر إلى سهم أقل منه كحجب الزوج من النصف إلى الربع بالفرع الوارث وللفقهاء في الحجب قواعد أهمها :

١ — كل من أدلى إلى الميت بوارث فإنه لا يرث مع وجود ذلك الوارث قطعيا فالجد مثلا لا يرث مع وجود الأب وابن الأخ لا يرث مع وجود الأخ واستثنى من ذلك الأخوة لأم فانهم يرثون مع وجود الأم للتنصيص على ذلك .

٢ — كل من كان أقوى قرابة فإنه يحجب الأضعف منه فالأخ الشقيق يحجب الأخ لأب .

٣ — كل قريب يحجب من كان بعيدا عنه في المرتبة إذا كان يستحق الميراث بوصفه ونوعه فالإبن يحجب ابن الإبن . والأخ يحجب العم وهكذا .

ملاحظة :

المحروم في الميراث من لم يأخذ من التركة شيئا لوجود مانع من موانع

الميراث بعد أن تتحقق فيه أحد أسبابه . والمحجوب من منع من الميراث كله أو بعضه مع أهليته لوجود شخص آخر والفرق بينهما أن المحروم فى حكم المعدوم فلا يؤثر فى استحقاق غيره من الورثة إطلاقا كالابن القاتل أو الكافر لا يستحق شيئا ولا يحجب غيره . والمحجوب يحجب غيره فالأخوة والأخوات يحجبون بالأب إذا اجتمعوا معه ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس .

جدول الحجب

المحجوب	الحاجب له حجب حرمان
ابن الابن	الإبن
بنت الابن	الإبن - بنتان إن لم يكن معها عاصب
الجـــد	الأب - وكل جد يحجب من فوقه
الجدة من جهة الأم	الأم . . .
الجدة من جهة الأب	الأم . . . الأب
الأخت الشقيقة أو الأخ الشقيق	الابن وإن نزل - الأب
الأخت لأب	الابن وإن نزل . الأب الأخ الشقيق الأختان الشقيقتان إن لم يكن معها عاصب الأخت الشقيقة التى يكون معها عاصب
الأخت أو الأخ لأم	الفرع الوارث مطلقا . الأصل المذكر وإن علا .
الأخ لأب	الابن وإن نزل . الأب . الأخ الشقيق . الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة .
ابن الأخ الشقيق	الإبن وإن نزل الأب وإن علا . الأخ الشقيق الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة . الأخ لأب الأخت لأب إذا صارت عصبة
ابن الأخ لأب	ابن الأخ الشقيق وجميع الحاجبين له ،
باقى العصبات	الأقرب يحجب الأبعد منه فى الدرجة .

العـــول

هو زيادة سهام التركة عن أصل الفريضة فإذا زاد مجموع السهام عن واحد صحيح دخل النقصان عليهم جميعا بقدر حصصهم . وأول من قضى بالعول عمر رضى الله عنه . وأقره كثير من الصحابة . وخالفه ابن عباس ولكنه لم يظهر هذا الخلاف إلا بعد وفاته . وقال يدخل النقص على البنات . وبنات الابن والاخوات الشقيقات والاخوات لاب لانهن أسوأ حالا وبذا ينقل نصيبهن من فرض مقدر إلى فرض غير مقدر .

وأصول المسائل سبعة : اثنان . وثلاثة . وأربعة .وثمانية . واثنا عشر . وأربعة وعشرون . منها أربعة لا يدخلها العول وهى اثنان . وثلاثة . وأربعة وثمانية . وثلاثة تعول وهى ستة وتعول إلى سبعة . وثمانية وتسعة وعشرة . واثنا عشر وتعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر . وأربعة وعشرون وتعول إلى سبعة وعشرين لا غير .

طريق تقسيم المسائل بالعول

أن يجعل مجموع السهام الذى عالت إليه المسألة أصلا لها . وتقسم التركة عليه . وخارج القسمة يضرب فى عدد أسهم كل وارث والناتج هو النصيب المطلوب ، فمثلا ، ماتت إمرأة وتركت زوجا ،وأختين لاب وأما وتركت ١٦٨ فدانا فيكون التقسيم كالآتى ، للزوج النصف وللأختين لأب الثلثان ، وللأم السدس ، فأصل المسألة من ستة ، وتعول إلى ثمانية . وبيان استحقاقهم كالآتى

١٦٨ ÷ ٨ = ٢١ مقدار السهم الواحد .

٣ × ٢١ = ٦٣ فدانا نصيب الزوج .

٤ × ٢١ = ٨٤ « « الاختين لاب بالتساوي .

١ × ٢١ = ٢١ « « الام .

الرد

ضد العول وهو نقصان السهام عن مخرج الفريضة . ورروى جمهور الفقهاء الرد على ذوى الفريضة عدا الزوجين لزوال هذا السبب بالموت . وقال عثمان ابن عفان بالرد على أصحاب الفروض جميعاً بين الزوجين وغيرهما ليتحقق نظام الغرم بالغنم . والقانون الجديد أخذ برأى جمهور الفقهاء فى الرد على ذوى الفروض وبمذهب عثمان فى الرد على الزوجين غير أنه أخر مرتبة الرد عليهما إلى مابعد ذوى الأرحام ثم أن مسائل الرد إن لم يكن من لايستحق الرد وهو أحد الزوجين فإن كانوا صنفاً واحداً فأصل المسألة من عدد رؤوسهم ولا داعى للتطويل .

وإن كانوا صنفين فأكثر فأصلها يكون من عدد سهامهم . وإن كان فيها من لا يستحق الرد وهو أحد الزوجين فأصلها هو مخرج نصيب من لا يرد عليه فيأخذ فرضه منه . ثم يقسم الباقى بين المستحقين بنسبة أنصبائهم فأن قبل القسمة من غير كسر فيها وإلا صحح بطريق التصحيح حتى يكون قابلا لها برقم صحيح . وإليك الأمثلة :ـ

١ — مات وترك جدة وأختاً لأم . فيكون للجدة السدس وللأخت لأم السدس والباقى يرد عليها بقدر سهامهما فأصل المسألة من ستة وتعود بالرد إلى اثنين لاستوائهما فى الفرض . وإن ترك جدة وأختين فللجدة السدس وللأختين لأم الثلث فأصل المسألة من ستة وتعود بالرد إلى ثلاثة وهو عدد رؤوسهم لاتحاد الجنس فى السهام .

وإن ترك بنتاً وأماً فللبنت النصف وللأم السدس فأصل المسألة من ستة وتعود بالرد إلى أربعة وهو سهامهم لاختلاف الجنس فى السهام .

وإن مات وترك زوجة وأماً وأخوين لأم وترك ٢٤٠ جنيهاً مصرياً فللزوجة الربع وللأم السدس والأخوين لأم السدس فأصل المسألة من أربعة وهو مخرج سهام الزوجة . للزوجة واحد والباقى وهو ثلاثة يقسم بين الأم والأخوين لأم بنسبة ثلث إلى سدس أى واحد إلى اثنين فيقبل القسمة عليها من غير كسر كالآتى :

٢٤٠ ÷ ٤ = ٦٠ مقدار السهم .

١ × ٦٠ = ٦٠ نصيب الزوجة .

١ × ٦٠ = ٦٠ نصيب الأم .

٢ × ٦٠ = ١٢٠ نصيب الأخوين لأم بالتساوى .

طريق التصحيح

أن يضرب أصل المسألة أو عولها فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بانفراده قدراً من السهام برقم صحيح وحاصل الضرب هو أصل المسألة بعد التصحيح . فإذا مات وترك زوجة وبنتاً وأختين شيقتين . فأصل المسألة من ثمانية لأنه أصغر عدد يقبل القسمة على المخارج للزوجة الثمن وهو سهم وللبنت النصف وهو أربعة وللأختين الشقيقتين الباقى تعصيباً وهو ثلاثة لا يقبل القسمة عليها . برقم صحيح وأقل عدد ويقسم عليهما بدون كسر فى هذه المسألة اثنان فيضرب فى أصلها وهو ثمانية فيكون الأصل بعد التصحيح ستة عشر ومنه تخرج السهام بدون كسر .

ذوو الأرحام

ذو الرحم فى الميراث كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبة . ويرى بعض الأئمة أنه لا ميراث لذوى الأرحام أصلا ويوضع الفاضل فى بيت المال . وعامة الصحابة وكثير من الفقهاء على القول بتوريثهم لقوله عليه السلام

(الخال وارث من لا وارث له) وذوو الأرحام أصناف أربعة وفيما يلى بيان ترتيبهم وكيفية ميراثهم وفق ما جاء به القانون .

١ ـ صنف ينتمى إلى الميت وهم أولاد البنات وبنات الإبن .

٢ ـ صنف ينتمى إليهم الميت وهم الأجداد الفاسدون والجدات الفاسدات .

٣ ـ صنف ينتمى إلى أبوى الميت وهم أولاد الأخوات كلهن وبنات الأخوة كلهم وأولاد الأخوة لأم .

٤ ـ صنف ينتمى إلى جدى الميت وهم الأخوال والخالات والأعمام لأم والعمات وبنات الأعمام كلهم وأولاد هؤلاء جميعاً .

كيفية ميراثهم

(ا) الأقرب منهم يحجب الأبعد فكل واحد من الصنف الأول يحجب من يوجد معه من الصنف الثانى وكل واحد من الصنف الثانى يحجب من يوجد معه من الصنف الثالث وهكذا .

(ب) يأخذ الواحد منهم عند انفراده ما بقى من أصحاب الفروض أو كل المال إن لم يوجد من ذوى الفروض أحد منهم كالعمات .

وعند التعدد يقدم أقربهم درجة ولو كان أنثى على الأبعد ولو كان ذكراً فإن اتحدت الدرجة فالتقديم بالأدلاء فمن كان يصل إلى الميت بذى فرض أو عاصب فهو مقدم على من يصل بذى رحم .

وإن اتحدت الدرجة والأدلاء فالتقديم بقوة القرابة فمن كان لأبوين أولى ممن كان لأب ومن كان لأب أولى ممن كان لأم .وإن اختلطا فلقرابة

الأب الثلثان ولقرابة الأم الثلث . ولا يحجب الأقوى منهما الأضعف من غيره .

وإن تساووا فى الدرجة والأدلاء وقوة القرابة فالتقسيم بالاشتراك للذكر مثل حظ الأنثيين ولو كانوا من جهة الأم .

ملاحظة :

ولا يتعدد الميراث لشخص واحد من ذوى الأرحام بتعدد قرابته إذا اتحد الحيز لاتحاد الوصف الذى يستحق به الميراث ويتعدد عند اختلاف الحيز لاختلاف الوصف الذى هو سبب الاستحقاق كنص المادة السابعة والعشرين من القانون .

الرد على أحد الزوجين

إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض ولا من العصبات النسبية ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين فإنه يأخذ جميع التركة فرضاً ورداً وهذا القول مأخوذ من مذهب عثمان بن عفان .

العصبة السببية

العاصب السببى هو مولى العتاقة ذكراً كان أم أنثى وإنما يستحق العاصب السببى الميراث بهذه العصوبة لأنه تسبب فى إحياء نفس مهدرة الآدمية ـ وجعل الفقهاء مرتبته فى الميراث بعد العاصب النسبى ولكن القانون أخره إلى ما بعد ذوى الأرحام .

أحكام متنوعة :

الحمـــل

أجمع الصحابة على توريث الحمل . ويرى القانون أنه لا يستحق الميراث إلا إذا تحقق فيه شرطان :

١ ـ أن يولد كله حياً .

٢ ـ أن يثبت وجوده فى بطن أمه وقت وفاة المورث وللتأكد من هذا طريقان : ـ

الأولى . أن تكون الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل بعد وفاة المورث وفى مثل هذه الحالة لا يكون الحمل وارثا إلا إذا ولد لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة .

الثانى : ألا تكون الزوجية قائمة وتكون المرأة معتدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة فيستحق الميراث إذا ولد لخمسة وستين وثلثمائة يوم على الأكثر وتبتدىء المدة من وقت العدة إذا كانت المعتدة ليست زوجة ومن وقت الوفاة إن كانت زوجة .

كيفية ميراثه

يقدر الحمل واحداً ويوقف له أحسن النصيبين فى حالتى الذكورة والأنوثة فإن ولد كله حياً . وكان الموقوف له زائداً عن حقه رد الزائد إلى مستحقه . وإن كان ناقصاً استكمل من الورثه الذين أخذوا أكثر من حظهم .

ويعامل الوارث معه بأسوأ النصيبين احتياطا ويوقف الباقى وكل من يتأثر نصيبه بالنقصان عند تعدد الحمل لا يعطى شيئاً من التركة إلا إذا قدم كفيلا

بردالزيادة إذا ظهر أن الحمل متعدد وهذه الأحكام الخاصة بالحمل مأخوذة من المذاهب الأربعة فى المواد ٤٢ و ٤٣ و ٤٤ من القانون .

ولد الزنى وولد اللعان

يرث كل منهما أمه وأقاربه من جهتها . وترثها الأم وأقاربها ولا يستحق أحدهما الميراث إلا إذا ولد حياً لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث .

المفقـــود

وهو غائب لم تعلم حياته ولا موته . ويرى الفقهاء أنه حى فى حق الأموال المملوكة له حتى تقوم بينة على موته أو يحكم القاضى بوفاته بعد انقطاع الأمل فى إيابه . وفيما يتعلق بأموال غيره التى تؤول إليه بالميراث أو الوصية . لا يستحق شيئاً منها إلا إذا ثبت وجوده على سبيل القطع فإن قامت بينة على موته عمل بها . وإن ثبت الوفاة بحكم القاضى يعتبر ميتاً من تاريخ فقده .

كيفية ميراثه

يحفظ حقه فى الميراث عند أمين حتى يستبين أمره فإن ظهر حياً أخذه . وإن حكم القاضى بموته رد الموقوف على ذمته إلى الورثة ولبيان نصيبه تقسم التركة على فرض أنه حى وتقسم على فرض أنه ميت ويعطى الورثة أخس النصيبين وتحفظ فروق الأنصباء مع نصيب المفقود حتى يتضح أمره .

الخـــنثى

اختار العلماء تأجيل الفصل فى شئونه إلى وقت البلوغ فإن غلبت عليه إمارات الرجال فهو رجل وإن وضحت فيه إمارات النساء فهو أنثى . وإن استويا فهو خنثى مشكل .

كيفية ميراثه

يعامل بأخس النصيبين عكس الحمل فإن كان الأقل على اعتبار أنه أنثى حكمنا بأنوثته . وإن كان على اعتبار أنه ذكر حكمنا بذكورته ويأخذ كل وارث نصيبه على هذا الاعتبار .

الغرقى ، والحرقى ، والهدمى

اتفق الفقهاء على أنه إذا مات جماعة فى حادثة واحدة ولم يعلم أيهم مات أولا فمال كل واحد منهم للأحياء من ورثته ولا يرث واحد منهم الآخر وكذلك الحكم فيما إذا ماتوا متعاقبين ولكننا لم نستطع الوصول إلى معرفة السابق منهم .

اختلاف المطالع

إذا كان التوارث يجرى بين شخصين يقيمان فى بلدين مختلفين فى المطالع وماتا فى ساعة زمانية واحدة على حسب توقيت بلديهما فإن صاحب المطلع المتأخر يرث صاحب المطلع المتقدم فإذا مات اثنان يتوارثان أحدهما فى لندن والثانى فى القاهرة فى الساعة السادسة بتوقيت البلدين فإن المقيم فى لندن يرث المقيم فى القاهرة لتقدم مطلع الشمس فى مصر على لندن(مادة ٣ من القانون) .

التخارج

هو أن يتصالح بعض الورثة على مقدار معين فى نظير أن يترك حصته من التركة سواء أكان ذلك مع بعض الورثة أو كلهم . وهو جائز شرعا .

وإذا كان التخارج مع بعض الورثة فهو بمثابة بيع نصيب الخارج من التركة لأحدهم فيحل المشترى محله ويأخذ نصيبه بصفته وارثا ونصيب الخارج بصفته مشترياً .

وإن كان مع جميع الورثة فإما أن يكون بدل التخارج مقداراً معيناً من

نفس التركة أو من خارجها فإن كان بمقدار معين فيها فطريق التقسيم أن توزع الأنصباء على جميع المستحقين وتبين سهامهم ثم تسقط سهام الخارج فى نظير ما أخذه وما بقى من التركة يوزع على السهام الباقية للمستحقين وإن كان بمال خارج عنها فتحته ثلاث صور .

١ ـ أن يتفقوا على طريق خاص فى دفع البدل دون التقييد بحصصهم فى الميراث وفى مثل هذه الحالة تقسم الأنصباء وتبين السهام ثم توزع سهام الخارج على الورثة على حسب اتفاقهم فى دفع البدل دون نظر إلى تفاوتهم فى الأنصباء .

٢ ـ أن يتفقوا على أن يدفع كل واحد ما يقابل حصته وفى مثل تلك الحالة تبين سهام كل وارث ثم تسقط سهام الخارج وتقسم التركة على السهام الباقية للمستحقين فيأخذ كل وارث ما يقابل حصته .

٣ ـ أن يدفعوا البدل مجتمعين دون التنصيص على أن هذا فى مقابلة حصة كل واحد من التركة أو بمقدار آخر وفى مثل هذه الصورة تنقسم التركة على جميع السهام وما قابل سهام الخارج يقسم بينهم بالتساوى دون نظر إلى التفاوت فى الأنصباء (مادة ٤٨ من القانون)

المسائل التى خالف فيها القانون ما كان معمولا به قبل صدوره

١ ـ الحقوق المتعلقة بتركة الميت ٢ ـ القتل الذى يمنع الميراث .
٣ ـ ترتيب المستحقين فى التركة ٤ ـ المسألة المشتركة
٥ ـ مشاركة الجد للأخوة الأشقاء أو لأب . ٦ ـ ذوى الأرحام .
٧ ـ الرد على أحد الزوجين .
٨ ـ ميراث الحمل .

تطبيقـــات

١ ـ مات عن زوجة وبنت . وبنت ابن : وأم وجد . وأخ لأب :

٢ ـ ماتت عن زوج . وأم . وأخت شقيقة . وابن أخ لأب .

٣ ـ مات عن زوجة وابن . وبنت . وبنتين لابنه الذى توفى فى حياته وبنت لبنته التى توفيت فى حياته كذلك .

٤ ـ ماتت عن زوج . وبنتين . وجد . وأختين شقيقتين .

٥ ـ ماتت عن زوج وأخوين لأم وأختين لأم . وأم وأخوين شقيقين وأختين شقيقتين .

٦ ـ مات عن زوجة وأم وبنت وابن أخ شقيق وبنت أخ شقيق . وابن أخ لأب .

٧ ـ مات عن أب وأم وزوجة كتابية . وبنتين وأخ لأم . وأخوين شقيقين .

٨ ـ مات عن زوجة. وبنت. وأب . وأم . وأم أب. وأم أم أم. وأخت شقيقة .

٩ ـ ماتت عن زوج . وبنتين لابنه . وأخ شقيق . وأخوين لأب .

١٠ـ مات عن زوجة وأب وثلاث بنات . وابن قاتل لهذا الميت . وابن ابن .

١١ـ توفيت زوجة كتابية عن زوج مسلم . وأب . وأم كتابيين وبنت كتابيةمن زوج آخر .

١٢ـ مات عن زوجتين وأم وأم أب وأختين لأب وجد وأخ لأم .

تطبيقات خاصة بمسائل الحمل

١ ـ مات فى أول يونية سنة ١٩٥٨ وترك أختين شقيقتين وأماً وزوجة تبين أن عندها حملا مستكنا ثم وضعت هذا الحمل فى ٢٠ عشرين من يولية سنة ١٩٥٩ .

الحــــل

للأختين الشقيقتان الثلثان . وللأم الســـدس وللزوجة الربع . ولا شىء لهذا الحمل لأنهـا جاءت به لأكثر من ٣٦٥ يوماً من تاريخ الوفاة والزوجية قائمة .

٢ ـ مات فى ٢٥ من مارس سنة ١٩٥٦ وترك زوجة وابن عم شقيق وأماً حاملا من زوج أجنبى وزوجيتهـا قائمة وقت الوفاة . ووضعت ولداً ذكرا فى ١٦ يناير سنة ١٩٥٧ .

الحــــل

للزوجة الربع . وللأم الثلث . ولابن العم الشقيق البـاقى ولا شىء لهـذا الولد الذى هو أخ لأم لانفصـاله بعد ٢٧٠ يوماً من تاريخ الوفاة والزوجية قائمة .

٣ ـ مات عن بنت . وأب . وأم . وزوجة ابن حامل وكان قد أوصى لبنـاء مسجد بأقل من ثلث التركة .

الحــــل

تنفذ الوصية أولا حيث أنهـا أقل من الثلث . والبـــاقى هو أصل التركة ميراثاً . فإن فرض أن هذا الحمل ذكر فسيكون ابن ابن وتوزع التركة كالآتى : -

للزوجة الثمن . وللأبوين لكل واحد منهما السدس وللبنت النصف والباقى لابن الابن تعصيباً . وإذا فرض أن هذا الحمل أنثى فسيكون بنت ابن وتوزع التركة كالآتى :ـ

للزوجة الثمن والأبوين لكل واحد منهما السدس . وللبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة للثلثين وبالمقارنة نرى أن أخس النصيبين يكون على اعتبار أن الحمل أنثى فتوزع التركة على هذا الاعتبار . ويوضع نصيب الحمل عند أمين فإن تبين أنه أنثى أخذه . وإن ظهر أنه ذكر أخذ نصيبه ويوزع الباقى على المستحقين بنسبة أنصبائهم .

تطبيقات خاصة بالمفقود والخنثى والتخارج

١ ـ ماتت عن زوج وأم وأختين لأب وأخ لأب مفقود .

الحــــل

إذا فرضنا حياة المفقود فيكون التقسيم كالآتى :ـ

للزوج النصف وللأم السدس والباقى للأختين والأخ تعصيباً للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا فرضنا موته يكون التقسيم كالآتى :ـ

للزوج النصف وللأم السدس . والأختين لأب الثلثان . وبالمقارنة نرى أن أخس النصيبين للزوج والأم ما كان على إعتباره ميتاً فيعطى لهما . ويحفظ الفرق إلى أن يتضح الأمر فإن تبين موته رد الباقى إلى الأختين وإن ظهر حياً أخذ نصيبه ورد إلى الزوج والأم مانقص من أنصبائهما .

٢ ـ ماتت وتركت زوجاً وأباً وأماً وولدا خنثى .

الحـــل

إذا فرضنا الخنثى ذكراً فيكون ابناً والتقسيم كالآتى : ـ

للزوج الربع والأبوين لكل واحد منهما السدس والباقى للإبن تعصيباً . وإذا فرضناه أنثى فيكون بنتاً والتقسيم كالآتى : للزوج الربع والبنت النصف والأبوين لكل واحد منهما السدس وتعول المسألة ففرض كونه ذكراً أخس من كونه أنثى فيعامل على إعتبار أنه ذكر ويأخذ الباقى بالتعصيب .

٣ ـ ماتت عن زوج وأم وأخ شقيق وتركت ١٢٠ فداناً وسيارة ومؤخر صداقها . وتخارج الزوج مع الورثة على مؤخر الصداق والسيارة .

الحـــل

للزوج النصف وللأم الثلث وللأخ الشقيق الباقى تعصيباً وهو السدس فأصل المسألة من ستة للزوج النصف وهو ثلاثة وللأم الثلث وهو اثنان وللأخ الشقيق السدس . وهو واحد . فتسقط سهام الزوج نظير السيارة وما فى ذمته من الصداق ويقسم باقى التركة وهو ١٢٠ فدانا على ثلاثة أسهم للأم سهمان وهو ثمانون فداناً وللأخ سهم وهو أربعون فداناً .

أسئلة عامة

١ ـ بين الحقوق المتعلقة بتركة الميت بالتفصيل ولماذا قدم الدين على الوصية مع أن الله قدمها عليها ؟

٢ ـ كيف تقسم الوصية الواجبة قانوناً . وما مقدارها ؟ ولمن تكون ؟ وما الحكم إذا اجتمعت الوصية الواجبة والوصية الاختيارية .

٣ ـ بين رأى القانون فى ميراث الحمل وكيفية ميراثه .

٤ ـ بين ترتيب المستحقين فى التركة على رأى الفقهاء وللقانون ووازن بينهما وبين حكم الميراث عند اختلاف ملل الكفار واختلاف الدين وحكم ميراث المرتد ؟

٥ ـ فصل الحكم فى الميراث بسبب الزوجية ومتى ترث المطلقة من زوجها ؟ ولماذا أقر القانون بقاء ولاء العتاقة وحذف ولاء الموالاة .

٦ ـ اشرح أحوال بنات الأبوين والأخوات لأب والجدات ؟

٧ ـ اشرح أحوال الأخوات الشقيقات . والأخوة والأخوات لأم ؟

٨ ـ بين العصبات بالنفس مع الترتيب والعصبات بالغير والعصبات مع الغير ؟

٩ ـ أفرق بين المحروم والمحجوب .

١٠ـ بين متى يستحق الميراث بوصفين. واشرح القتل المانع من الميراث ؟

١١ـ مات جماعة يتوارثون فى لحظة واحدة ولم يعلم السابق منهم فكيف يتوارثون ؟

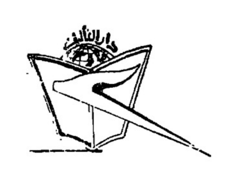
١٢ـ مات اثنان يتوارثان فى بلدين مختلفين فى زمن واحد بتوقيت البلدين مع اختلاف المطلع فيهما ـ فمن الذى يرث الآخر ؟

تم بحمد الله وتوفيقه

الفهرس

مطبعة دار التأليف ٨ شارع يعقوب بالمالية بمصر
تليفون ٢١٨٢٥

رقم الإيداع ١٢١ه / ١٩٦٩




Bibliotheca Alexandrina
0533246